



**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Part 1, 2011 Vol. 3

1^{er} cahier, 2011 Vol. 3

Cited as [2011] 3 S.C.R. 3-267

Renvoi [2011] 3 R.C.S. 3-267

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

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

Deputy Registrar / Registraire adjointe
MARY MCFADYEN

General Counsel / Avocate générale
BARBARA KINCAID

Chief Law Editor / Arrêtiiste en chef
J. DAVID POWER

Senior Counsel / Avocate-conseil
JULIE TERRIEN

CLAIRE ZOË BIDER-HALL	LEE ANN GORMAN	LOUISE SAVARD
JANICE CHENEY	KAREN LEVASSEUR	IDA SMITH
HARLEY D'AOÛT	JOANNE NORMAN	JACQUELINE STENCEL
CHANTAL DEMERS	BERNARD OLIVIER	LESLI TAKAHASHI
VALÉRIE DESJARLAIS	LORRAINE PILETTE	CAMERON TAYLOR
GENEVIÈVE DOMEY	RÉMI SAMSON	RENÉE MARIA TREMBLAY

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

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

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

SUZANNE AUDET	Technical Revisors / Réviseurs techniques	PETER O'DOHERTY
NANCY MCCAUGHAN	PAULINE MCTAVISH	JEAN-FRANÇOIS SCHAAN
	ANNE-MARIE NOËL	

Legal Assistant / Adjointe juridique
SUZANNE GIGUÈRE

Administrative Assistants / Adjointes administratifs
SÉBASTIEN GAGNÉ MANON PLOUFFE

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

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

CONTENTS

Canada (Attorney General) v. PHS Community Services Society 134

Constitutional law — Division of powers — Criminal law — Safe injection site — Sections 4(1) and 5(1) of Controlled Drugs and Substances Act (“CDSA”) prohibiting possession and trafficking of illegal drugs subject to exemption from federal Minister of Health — Clinic operating safe injection site pursuant to ministerial exemption granted under s. 56 of Act — Minister subsequently revoking exemption — Whether division of powers exempts clinic as health facility from application of CDSA as exercise of federal jurisdiction over criminal law — Controlled Drugs and Substances Act, S.C. 1996, c. 19, ss. 4(1), 5(1), 56 — Constitution Act, 1867, ss. 91(27), 92(7), 92(13), 92(16).

Constitutional law — Charter of Rights — Right to life, liberty and security of the person — Safe injection site — Sections 4(1) and 5(1) of Controlled Drugs and Substances Act prohibiting possession and trafficking of illegal drugs subject to exemption from federal Minister of Health — Clinic operating safe injection site pursuant to ministerial exemption granted under s. 56 of Act — Minister subsequently revoking exemption — Whether ss. 4(1) and 5(1) of Act contravene claimants’ rights to life, liberty and security of the person — Whether decision of Minister to revoke accords with principles of fundamental justice — Controlled Drugs and Substances Act, S.C. 1996, c. 19, ss. 4(1), 5(1), 56 — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7.

Constitutional law — Charter of Rights — Remedies — Safe injection site — Sections 4(1) and 5(1) of Controlled Drugs and Substances Act prohibiting possession and trafficking of illegal drugs subject to exemption from federal Minister of Health granted under s. 56 of Act — Clinic operating safe injection site pursuant to ministerial exemption — Minister subsequently revoking exemption — Appropriate remedy — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 24(1).

Kuwait Airways Corp. v. Iraq 42

Courts — Supreme Court of Canada — Costs — Appeal allowed with costs throughout — Whether costs award applied to respondent, mis en cause in lower court, which did not participate in proceedings before Court — Rules of the Supreme Court of Canada, SOR/2002-156, r. 47.

R. v. Côté 215

Constitutional law — Charter of Rights — Enforcement — Exclusion of evidence — Accused charged with second degree murder — Search of accused’s home conducted by police without valid warrants — Trial judge finding that

SOMMAIRE

Canada (Procureur général) c. PHS Community Services Society 134

Droit constitutionnel — Partage des compétences — Droit criminel — Centre d’injection supervisée — Articles 4(1) et 5(1) de la Loi réglementant certaines drogues et autres substances (« Loi ») interdisant la possession et le trafic de drogues illégales sous réserve d’une exemption accordée par le ministre fédéral de la Santé — Clinique gérant un centre d’injection supervisée grâce à une exemption ministérielle obtenue en vertu de l’art. 56 de la Loi — Révocation subséquente de l’exemption par le ministre — Compte tenu du partage des compétences, la clinique est-elle, à titre d’établissement de santé, exemptée de l’application de la Loi adoptée dans l’exercice de la compétence fédérale en matière criminelle? — Loi réglementant certaines drogues et autres substances, L.C. 1996, ch. 19, art. 4(1), 5(1), 56 — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(27), 92(7), 92(13), 92(16).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne — Centre d’injection supervisée — Articles 4(1) et 5(1) de la Loi réglementant certaines drogues et autres substances interdisant la possession et le trafic de drogues illégales sous réserve d’une exemption accordée par le ministre fédéral de la Santé — Clinique gérant un centre d’injection supervisée grâce à une exemption ministérielle obtenue en vertu de l’art. 56 de la Loi — Révocation subséquente de l’exemption par le ministre — Les articles 4(1) et 5(1) de la Loi enfreignent-ils les droits à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne? — La révocation de l’exemption par le ministre est-elle conforme aux principes de justice fondamentale? — Loi réglementant certaines drogues et autres substances, L.C. 1996, ch. 19, art. 4(1), 5(1), 56 — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Réparations — Centre d’injection supervisée — Articles 4(1) et 5(1) de la Loi réglementant certaines drogues et autres substances interdisant la possession et le trafic de drogues illégales sous réserve d’une exemption accordée par le ministre fédéral de la Santé en vertu de l’art. 56 de la Loi — Clinique gérant un centre d’injection supervisée grâce à une exemption ministérielle — Révocation subséquente de l’exemption par le ministre — Réparation convenable — Charte canadienne des droits et libertés, art. 24(1).

Kuwait Airways Corp. c. Irak 42

Tribunaux — Cour suprême du Canada — Dépens — Pourvoi accueilli avec dépens dans toutes les cours — La condamnation aux dépens visait-elle l’intimée, mise en cause devant la juridiction inférieure, qui est demeurée absente du débat devant la Cour? — Règles de la Cour suprême du Canada, DORS/2002-156, art. 47.

Continued on next page

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

police had not acted in good faith and demonstrated blatant disregard for accused's Charter rights throughout investigation — Trial judge concluding that admission of evidence in face of extraordinarily troubling police misconduct, even when decision would lead to acquittal of serious crime, would bring administration of justice into disrepute — Whether Court of Appeal erred in intervening on bases that police had not deliberately acted in abusive manner and that offence was serious — Whether Court of Appeal erred in intervening on basis that evidence could have been obtained legally by warrant without accused's participation — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 24(2).

R. v. Imperial Tobacco Canada Ltd. 45

Civil procedure — Third-party claims — Motion to strike — Tobacco manufacturers being sued by provincial government to recover health care costs of tobacco-related illnesses, and by consumers of "light" or "mild" cigarettes for damages and punitive damages — Tobacco companies issuing third-party notices to federal government claiming contribution and indemnity — Whether plain and obvious that third-party claims disclose no reasonable cause of action.

Torts — Negligent misrepresentation — Failure to warn — Negligent design — Duty of care — Proximity — Tobacco manufacturers being sued by provincial government and consumers and issuing third-party notices to federal government claiming contribution and indemnity — Federal government claiming representations constituted government policy immune from judicial review — Whether facts as pleaded establish prima facie duty of care — If so, whether conflicting policy considerations negate such duty.

Torts — Provincial statutory scheme establishing rights of action against tobacco manufacturers and suppliers — Whether federal government liable as a "manufacturer" under the Tobacco Damages and Health Care Costs Recovery Act, S.B.C. 2000, c. 30, or a "supplier" under the Business Practices and Consumer Protection Act, S.B.C. 2004, c. 2, and the Trade Practice Act, R.S.B.C. 1996, c. 457.

R. v. J.M.H. 197

Criminal law — Appeals — Powers of Court of Appeal — Evidence — Assessment — Accused charged with two counts of sexual assault — Complainant not disclosing events at time of occurrences but posting poem on line — Trial judge acquitting accused — Court of Appeal overturning acquittals and ordering new trial — Whether trial judge failed to consider evidence as a whole thereby committing error of law — Whether trial judge's allegedly flawed assessment of evidence constitutes error of law

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

R. c. Côté 215

Droit constitutionnel — Charte des droits — Réparation — Exclusion de la preuve — Accusation de meurtre au deuxième degré — Résidence de l'accusée soumise à une fouille policière sans mandats valides — Conclusion du juge du procès selon laquelle, tout au long de l'enquête, les policiers n'ont pas agi de bonne foi et ont fait preuve d'un mépris flagrant vis-à-vis des droits constitutionnels de l'accusée — Le juge du procès a estimé qu'utiliser la preuve en dépit de cette conduite consternante des policiers était susceptible de déconsidérer l'administration de la justice; et même si cette conclusion devait mener à l'acquittement de l'auteur d'un crime grave, il a néanmoins écarté la preuve — La Cour d'appel a-t-elle eu tort d'intervenir au motif que les policiers n'avaient pas délibérément agi de manière abusive et que le crime était grave? — A-t-elle eu tort d'intervenir au motif que la preuve aurait pu être recueillie légalement avec un mandat, sans la participation de l'accusée? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 24(2).

R. c. Imperial Tobacco Canada Ltée 45

Procédure civile — Mise en cause — Requête en radiation — Fabricants de tabac poursuivis par le gouvernement d'une province qui cherche à recouvrer les sommes consacrées au traitement des maladies liées au tabagisme, et par des consommateurs de cigarettes dites « légères » ou « douces » qui demandent des dommages-intérêts et des dommages-intérêts punitifs — Compagnies de tabac mettant en cause le gouvernement fédéral pour lui réclamer une contribution et une indemnisation — Est-il évident et manifeste que les avis de mise en cause ne révèlent aucune cause d'action raisonnable?

Responsabilité délictuelle — Déclaration inexacte faite par négligence — Défaut de mise en garde — Conception négligente — Obligation de diligence — Lien de proximité — Poursuites engagées par le gouvernement d'une province et des consommateurs contre des fabricants de tabac qui ont mis en cause le gouvernement fédéral pour lui réclamer une contribution et une indemnisation — Gouvernement fédéral prétendant que les déclarations relevaient de la politique générale du gouvernement et étaient de ce fait soustraites au contrôle judiciaire — Les faits allégués établissent-ils l'existence d'une obligation de diligence prima facie? — Dans l'affirmative, des considérations de politique générale opposées écartent-elles cette obligation?

Responsabilité délictuelle — Régime législatif provincial conférant un droit d'action contre les fabricants et les fournisseurs de tabac — Le gouvernement fédéral a-t-il engagé sa responsabilité à titre de « fabricant » au sens de la Tobacco Damages and Health Care Costs Recovery Act, S.B.C. 2000, ch. 30, ou de « fournisseur » au sens de la

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

allowing appellate review of acquittal — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 676(1)(a).

R. v. Sinclair 3

Criminal law — Appeals — Powers of Court of Appeal — Unreasonable verdict — Misapprehension of evidence — Accused convicted of manslaughter — Court of Appeal setting aside conviction on basis of trial judge's misapprehension of evidence — Whether Court of Appeal applied proper test in setting aside conviction — Whether trial judge misapprehended evidence — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 686(1)(a)(i).

R. v. Topp 119

Criminal law — Sentencing — Fines — Offender's ability to pay — Burden of proof — Whether offender required to prove inability to pay a fine corresponding to funds fraudulently obtained — Whether trial judge erred in declining to impose a fine — Whether trial judge was bound to impose a fine in light of accused's failure to explain what happened to misappropriated funds — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 734(2).

SOMMAIRE (Fin)

Business Practices and Consumer Protection Act, S.B.C. 2004, ch. 2, et de la Trade Practice Act, R.S.B.C. 1996, ch. 457?

R. c. J.M.H. 197

Droit criminel — Appels — Pouvoirs de la Cour d'appel — Preuve — Appréciation — Accusé inculpé de deux chefs d'agression sexuelle — Affichage d'un poème en ligne par la plaignante, qui n'a pas signalé les incidents après qu'ils se soient produits — Acquittement de l'accusé par le juge du procès — Acquittements annulés et nouveau procès ordonné par la Cour d'appel — Le juge du procès a-t-il commis une erreur de droit en omettant de prendre en considération l'ensemble de la preuve? — L'appréciation prétendument viciée de la preuve par le juge du procès constitue-t-elle une erreur de droit permettant la révision d'un acquittement par la Cour d'appel? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 676(1)a).

R. c. Sinclair 3

Droit criminel — Appels — Pouvoirs de la Cour d'appel — Verdict déraisonnable — Interprétation erronée de la preuve — Accusé déclaré coupable d'homicide involontaire coupable — Cour d'appel ayant annulé la déclaration de culpabilité au motif que la juge du procès a mal interprété la preuve — A-t-elle appliqué le bon critère pour le faire? — La juge du procès a-t-elle mal interprété la preuve? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 686(1)a)(i).

R. c. Topp 119

Droit criminel — Détermination de la peine — Amendes — Capacité de payer du délinquant — Fardeau de la preuve — Incombe-t-il au délinquant de prouver qu'il est incapable de payer une amende correspondant aux fonds obtenus frauduleusement par lui? — La juge du procès a-t-elle commis une erreur en refusant d'infliger une amende à l'accusé? — La juge du procès était-elle tenue d'infliger une amende à l'accusé compte tenu de l'omission de ce dernier d'expliquer ce qu'il était advenu des fonds dont il s'était frauduleusement emparé? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 734(2).

**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Volume 3, 2011

3^e volume, 2011

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Terrence Sinclair *Respondent*

and

**Director of Public Prosecutions of
Canada and Attorney General of
Ontario** *Interveners*

INDEXED AS: R. v. SINCLAIR

2011 SCC 40

File No.: 33359.

2010: December 14; 2011: July 28.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
MANITOBA

Criminal law — Appeals — Powers of Court of Appeal — Unreasonable verdict — Misapprehension of evidence — Accused convicted of manslaughter — Court of Appeal setting aside conviction on basis of trial judge's misapprehension of evidence — Whether Court of Appeal applied proper test in setting aside conviction — Whether trial judge misapprehended evidence — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 686(1)(a)(i).

A driver observed three males kicking and stomping Adam Lecours on a roadway. They left him lying on the street bleeding. Another driver failed to see Mr. Lecours lying in the road in time to avoid hitting him. Mr. Lecours died from his injuries. The trial judge convicted accused and a co-accused of manslaughter. The Court of Appeal set aside the conviction on the basis that the trial judge had misapprehended evidence by accepting that there was evidence that the accused had planned to go out to commit a robbery together with his co-accused and a youth, and by inferring from this evidence that the accused was with his co-accused at the scene of the crime. In setting aside the conviction, the Court of Appeal partially based its decision on this Court's decision in *R. v. Beaudry*, 2007 SCC 5, [2007] 1 S.C.R. 190.

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Terrence Sinclair *Intimé*

et

**Directeur des poursuites pénales
du Canada et procureur général de
l'Ontario** *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : R. c. SINCLAIR

2011 CSC 40

N° du greffe : 33359.

2010 : 14 décembre; 2011 : 28 juillet.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU MANITOBA

Droit criminel — Appels — Pouvoirs de la Cour d'appel — Verdict déraisonnable — Interprétation erronée de la preuve — Accusé déclaré coupable d'homicide involontaire coupable — Cour d'appel ayant annulé la déclaration de culpabilité au motif que la juge du procès a mal interprété la preuve — A-t-elle appliqué le bon critère pour le faire? — La juge du procès a-t-elle mal interprété la preuve? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 686(1)(a)(i).

Une conductrice a vu trois jeunes hommes battre à coups de pied et piétiner Adam Lecours, puis l'abandonner ensanglanté dans la rue. Un autre conducteur n'a pas aperçu M. Lecours à temps et n'a pu l'éviter. M. Lecours est mort des suites de ses blessures. La juge du procès a déclaré l'accusé et son coaccusé coupables d'homicide involontaire coupable. La Cour d'appel a annulé la déclaration de culpabilité au motif que la juge du procès avait mal interprété la preuve en reconnaissant que des éléments de preuve établissaient que l'accusé avait projeté, de concert avec son coaccusé et un adolescent, de sortir commettre un vol qualifié, et en inférant de ces éléments que l'accusé s'était trouvé avec le coaccusé sur le lieu du crime. Pour écarter la déclaration de culpabilité, la Cour d'appel a en partie fondé sa décision sur l'arrêt *R. c. Beaudry*, 2007 CSC 5, [2007] 1 R.C.S. 190.

Held (McLachlin C.J. and Binnie, Fish and Cromwell JJ. dissenting): The appeal should be allowed. The order for a new trial should be set aside and the conviction restored.

I. *The Beaudry Issue*

Per McLachlin C.J. and Binnie, Fish and Cromwell JJ.: *R. v. Beaudry* has no application to the error committed by the trial judge in this case. This error falls squarely within *R. v. Lohrer*, 2004 SCC 80, [2004] 3 S.C.R. 732. Nothing in *Beaudry* modifies the principles set out in *R. v. Yeves*, [1987] 2 S.C.R. 168, and *R. v. Biniaris*, 2000 SCC 15, [2000] 1 S.C.R. 381. *Yeves* and *Biniaris* continue to apply where the issue is whether the verdict could have been reached reasonably by a properly instructed jury or a judge sitting alone. *Beaudry* serves an important function of limited scope on an appellate review for unreasonableness under s. 686(1)(a)(i) of the *Criminal Code*. It addresses the reasonableness of the judge's verdict, notably by scrutinizing the logic of the judge's findings of fact or inferences drawn from the evidence admitted at trial. A trial judge who is not mistaken as to the evidence but reaches a verdict by an illogical or irrational reasoning process commits an error under *Beaudry*. A misapprehension of evidence invites appellate scrutiny under *Lohrer*. To conflate these conceptually distinct errors is to disregard the rationale of *Beaudry* and the jurisprudential gap it fills.

A verdict reached illogically or irrationally is “unreasonable” because it is not reached judicially, or in accordance with the rule of law. Further, as stated in *Beaudry*, a verdict that was reached illogically or irrationally is hardly made reasonable by the fact that another judge (who never did and never will try the case) could reasonably have convicted or acquitted the accused. A court of appeal may intervene pursuant to *Beaudry* where a trial judge draws an inference or makes a finding of fact that is plainly contradicted by the evidence relied on for that purpose by the judge or that is demonstrably incompatible with evidence that is not otherwise contradicted or rejected by the trial judge. Unreasonable verdicts of this sort are rare. But when they do occur, appellate courts are authorized — indeed bound — to intervene.

Per LeBel, Deschamps and Rothstein JJ.: The Court of Appeal erred in law to the extent that it based its

Arrêt (la juge en chef McLachlin et les juges Binnie, Fish et Cromwell sont dissidents) : Le pourvoi est accueilli. L'ordonnance relative à la tenue d'un nouveau procès est annulée, et la déclaration de culpabilité est rétablie.

I. *L'application de l'arrêt Beaudry*

La juge en chef McLachlin et les juges Binnie, Fish et Cromwell : L'arrêt *R. c. Beaudry* ne s'applique pas à l'erreur commise par la juge du procès en l'espèce. L'erreur est nettement du ressort de l'arrêt *R. c. Lohrer*, 2004 CSC 80, [2004] 3 R.C.S. 732. *Beaudry* ne modifie en rien les principes établis précédemment dans *R. c. Yeves*, [1987] 2 R.C.S. 168, et *R. c. Biniaris*, 2000 CSC 15, [2000] 1 R.C.S. 381. Ces deux arrêts demeurent applicables lorsqu'il s'agit de déterminer si un juge siégeant seul ou un jury ayant reçu des directives adéquates aurait pu raisonnablement rendre le verdict en cause. L'arrêt *Beaudry* joue un rôle important mais limité lors du contrôle en appel du caractère déraisonnable d'une décision pour les besoins du sous-al. 686(1a)(i) du *Code criminel*. Le critère qu'il établit permet de déterminer si le verdict du juge est raisonnable, notamment en s'attachant à la logique des conclusions de fait ou des inférences tirées de la preuve admise au procès. Le juge du procès qui ne se méprend pas sur la preuve, mais qui arrive à un verdict à l'issue d'un raisonnement illogique ou irrationnel, commet une erreur visée par *Beaudry*. La méprise sur la preuve commande un contrôle en appel au regard de l'arrêt *Lohrer*. Confondre ces deux erreurs distinctes sur le plan conceptuel revient à faire abstraction de la raison d'être de l'arrêt *Beaudry* et du vide qu'il a comblé dans la jurisprudence.

Le verdict auquel on arrive de façon illogique ou irrationnelle est « déraisonnable » parce qu'il n'est pas rendu de manière judiciaire ou conformément au principe de légalité. Aussi, comme le dit la Cour dans *Beaudry*, ce verdict peut difficilement devenir raisonnable du fait qu'un autre juge (qui n'a jamais entendu l'affaire et qui ne l'entendra jamais) aurait pu raisonnablement déclarer l'accusé coupable ou l'acquitter. Une cour d'appel peut intervenir sur le fondement de l'arrêt *Beaudry* lorsque le juge du procès tire une inférence ou une conclusion de fait qui est clairement contredite par la preuve qu'il invoque à l'appui ou dont on peut démontrer qu'elle est incompatible avec une preuve qui n'est ni contredite par d'autres éléments de preuve ni rejetée par le juge du procès. Les verdicts déraisonnables de ce type sont rares, mais lorsqu'ils se présentent, une cour d'appel a non seulement la faculté, mais aussi l'obligation, d'intervenir.

Les juges LeBel, Deschamps et Rothstein : La Cour d'appel a commis une erreur de droit dans la mesure

judgment on *R. v. Beaudry*. *Beaudry* has no application to a mistake as to the substance of the evidence. Rather, errors of this sort are governed by the standard set out in *R. v. Lohrer*. *Beaudry* expanded the traditional scope of s. 686(1)(a)(i) of the *Criminal Code*. Fish J. carried a majority in *Beaudry* on the question whether a verdict reached “illogically or irrationally” was “unreasonable” within the meaning of s. 686(1)(a)(i) and his reasons in *Beaudry* represent the state of the law on this point. Furthermore, the reasons of Fish J. in this case correctly reflect the position that was taken by the majority in *Beaudry*, and there is concurrence with his reasons to that extent.

Per Abella and Charron JJ.: The Court of Appeal should not have rested its judgment on *R. v. Beaudry*. *Beaudry* did not change any of the existing tests for appellate review under s. 686(1)(a). *Beaudry* did, however, effect an expansion of the test for unreasonableness under s. 686(1)(a)(i). The expanded test for unreasonableness is better understood if the focus remains on the verdict reached at trial, rather than on the kind of errors that may have occurred in the appreciation of the evidence or in the fact-finding process. While the reviewing court may now consider flaws in the reasoning process in the assessment for reasonableness, the focus must remain on the conclusion reached at trial. A verdict-focussed approach avoids reviewing courts having to make rather fine distinctions between different types of mistakes in order to identify the applicable test. It is also more consistent with the wording, legislative context and history of s. 686(1)(a)(i) of the *Criminal Code*. Any error in reasoning identified under the *Beaudry* test must be carefully assessed in context to determine whether it vitiates the verdict. It would be wrong to conclude that whenever there is an error in reasoning, even if of the kind “demonstrably incompatible” with the uncontradicted evidence at trial, the verdict is unreasonable.

Under a s. 686(1)(a)(i) inquiry in judge-alone trials, the reviewing court should first apply the *Yebeš/Biniaris* test. If the verdict is not one that a properly instructed jury, acting judicially, could reasonably have rendered on the evidence as a whole, the inquiry is over, and an acquittal is entered. If the verdict is available on the evidence, the reviewing court may go on to assess the reasonableness of the verdict under the *Beaudry* test by scrutinizing the actual findings of fact and inferences made by the trial judge. It is not necessary to conduct this assessment in every case. The *Beaudry* test may apply in exceptional cases where the reasoning process is so irrational, or so at odds with the evidence, that it

où elle a fondé son jugement sur l’arrêt *R. c. Beaudry*, lequel ne s’applique pas à l’erreur commise quant à l’essence de la preuve, ce type d’erreur devant plutôt satisfaire à la norme établie dans *R. c. Lohrer*. L’arrêt *Beaudry* a accru la portée traditionnelle du sous-al. 686(1)(a)(i) du *Code criminel*. Le juge Fish y emporte la majorité en ce qui concerne la question de savoir si un verdict auquel on est arrivé d’une façon « illogique ou irrationnelle » est « déraisonnable » au sens du sous-al. 686(1)(a)(i), et ses motifs représentent l’état du droit sur ce point. Par ailleurs, le juge Fish exprime bien en l’espèce la position des juges majoritaires dans *Beaudry*, et il y a accord avec ses motifs dans cette mesure.

Les juges Abella et Charron : La Cour d’appel n’aurait pas dû fonder son jugement sur l’arrêt *R. c. Beaudry*, qui n’a modifié aucun des critères applicables au contrôle en appel fondé sur l’al. 686(1)(a). Cependant, cet arrêt a eu pour effet d’élargir le critère permettant de conclure au caractère déraisonnable du verdict au sens du sous-al. 686(1)(a)(i). On saisit mieux la portée du critère élargi lorsque l’examen porte sur le verdict rendu à l’issue du procès plutôt que sur le type d’erreur qui entacherait l’appréciation de la preuve ou la constatation des faits. S’il peut désormais tenir compte des vices du raisonnement pour déterminer si le verdict est raisonnable ou non, le tribunal d’appel doit toujours faire porter son examen sur la conclusion tirée au procès. La démarche qui consiste à s’attacher au verdict évite au tribunal d’appel d’avoir à faire des distinctions plutôt subtiles entre différents types d’erreur afin de cerner le critère à appliquer. Elle accroît aussi la compatibilité avec le texte du sous-al. 686(1)(a)(i) du *Code criminel*, son contexte et son historique. Il convient d’examiner attentivement toute erreur relevée dans le raisonnement suivant le critère de l’arrêt *Beaudry* pour déterminer si elle vicie le verdict. On ne saurait conclure que le verdict est déraisonnable chaque fois que le raisonnement est entaché d’une erreur, y compris une erreur « dont on peut démontrer qu’elle est incompatible » avec la preuve non contredite offerte au procès.

Lors de l’examen que requiert le sous-al. 686(1)(a)(i) dans le cas d’un procès devant juge seul, le tribunal d’appel doit d’abord appliquer le critère des arrêts *Yebeš* et *Biniaris*. Si le verdict n’est pas l’un de ceux qu’un jury ayant reçu des directives appropriées et agissant d’une manière judiciaire aurait pu raisonnablement rendre au vu de l’ensemble de la preuve, l’examen prend fin et un verdict d’acquiescement est inscrit. Lorsque le prononcé du verdict est possible eu égard à la preuve, le tribunal d’appel peut en évaluer le caractère raisonnable suivant le critère de l’arrêt *Beaudry* en s’attachant aux conclusions de fait et aux inférences tirées par le juge du procès. Cet examen ne s’impose pas dans

vitiates the verdict — even though that verdict is available on the evidence as a whole. In these rare cases where *Beaudry* applies, a new trial is ordered, as the court will already have determined that the verdict is otherwise available on the evidence.

II. The Application of *R. v. Lohrer*

Per LeBel, Deschamps, Abella and Rothstein JJ.: The Court of Appeal erred in its application of *Lohrer*. It failed to identify any error that justified appellate intervention. The trial judge did not find that the accused was involved in a plan to commit a robbery and she did not rely on such evidence to infer that the accused was with his co-accused throughout the night and was therefore one of the assailants. The trial judge based her finding that the accused was present at the crime scene on other evidence: he was out of the residence at the same time as his co-accused at time of the assault; he knew that his co-accused had been stabbed and stormed into the house minutes after the incident; he led efforts to locate his co-accused; DNA linked the co-accused to the crime; and the co-accused's blood was found on the accused's jeans and hoodie. Nothing supports a finding that she accepted the Crown's theory of a planned robbery, and her reasoning discloses no mischaracterization of the evidence. Furthermore, the Court of Appeal referred to the trial judge's "apparent acceptance" of evidence that the accused had planned to commit robbery with his co-accused. Ordering a new trial based on a misapprehension of evidence requires more than an apparent mistake. The reasons must disclose an actual mistake.

Even if the trial judge did err, the misapprehension was not materially linked to her verdict. The accused was charged with manslaughter, not conspiracy to commit robbery. In light of the circumstantial evidence the trial judge accepted, it cannot seriously be doubted that she would nonetheless have found the accused was at the crime scene at the time of the assault.

Per Charron J.: The trial judge did not misapprehend the evidence. For the reasons set out by LeBel J., the Court of Appeal erred in finding that the trial judge made an error that met the standard set out in *R. v. Lohrer*.

tous les cas. Le critère de l'arrêt *Beaudry* peut s'appliquer dans le cas exceptionnel où le raisonnement est à ce point irrationnel ou incompatible avec la preuve qu'il a pour effet de vicier le verdict, et ce, même s'il était possible de le rendre eu égard à l'ensemble de la preuve. Dans ce rare cas, la cour d'appel est justifiée d'ordonner un nouveau procès puisqu'elle a déjà décidé que le verdict peut par ailleurs être rendu eu égard à la preuve.

II. L'application de l'arrêt *Lohrer*

Les juges LeBel, Deschamps, Abella et Rothstein : La Cour d'appel a appliqué erronément l'arrêt *Lohrer*. Elle n'a pas relevé d'erreur justifiant son intervention. Le juge du procès n'a pas conclu que l'accusé avait été partie à un projet de vol qualifié et elle ne s'est pas appuyée sur la preuve d'un tel projet pour inférer que l'accusé était demeuré avec le coaccusé tout au long de la nuit et avait donc pris part à l'agression. D'autres éléments l'ont amenée à conclure à la présence de l'accusé sur le lieu du crime : lors de l'agression, le coaccusé et lui étaient absents de la résidence, il savait que le coaccusé avait été poignardé et il était rentré en coup de vent quelques minutes après l'incident, il avait mené les recherches pour retrouver le coaccusé, un élément de preuve génétique reliait le coaccusé au crime et le sang de ce dernier avait été prélevé sur le jeans et le blouson à capuchon de l'accusé. Les motifs de la juge ne permettent pas de conclure qu'elle a retenu la thèse du ministère public d'un projet de vol qualifié, et son raisonnement ne révèle pas de qualification erronée de la preuve. De plus, la Cour d'appel renvoie à l'« apparence de reconnaissance » par la juge du procès d'une preuve selon laquelle l'accusé avait planifié de commettre un vol qualifié avec le coaccusé. Une erreur apparente ne suffit pas pour ordonner un nouveau procès pour cause d'interprétation erronée de la preuve. Les motifs doivent révéler l'existence d'une erreur réelle.

Même si la juge du procès avait commis l'erreur en question, sa méprise n'aurait pas eu de lien important avec son verdict. L'accusé était inculpé d'homicide involontaire coupable, et non de complot en vue de commettre un vol qualifié. La preuve circonstancielle admise au procès ne permet pas de douter sérieusement que la juge aurait néanmoins conclu que l'accusé se trouvait sur le lieu du crime lors de l'agression.

La juge Charron : La juge du procès n'a pas mal interprété la preuve. Pour les motifs exposés par le juge LeBel, la Cour d'appel a conclu à tort que la juge du procès avait commis une erreur qui satisfaisait à la norme de l'arrêt *Lohrer*.

Per McLachlin C.J. and Binnie, Fish and Cromwell JJ. (dissenting): The trial judge misapprehended the substance of the evidence on a material matter, and the Court of Appeal explicitly and correctly applied the *Lohrer* test. The Court of Appeal's reference to the trial judge's apparent acceptance that there was evidence of the accused and his two co-accused planning to go and commit another robbery aptly describes an actual mistake. The trial judge's mistaken view of the evidence coloured her evaluation of the other circumstantial evidence upon which the Crown relied. The supposed plan of the accused and his co-accused to stay together throughout the night underpinned her inference that the accused was at the scene of the crime. The evidence does not establish the accused's participation in the assault or his presence at the assault. No DNA evidence links him to the scene. Most importantly, even if his presence at the scene had been established, that would not have proven that he participated in the assault.

Cases Cited

By Fish J. (dissenting)

Applied: *R. v. Lohrer*, 2004 SCC 80, [2004] 3 S.C.R. 732; **explained:** *R. v. Beaudry*, 2007 SCC 5, [2007] 1 S.C.R. 190; **referred to:** *R. v. Sheppard*, 2002 SCC 26, [2002] 1 S.C.R. 869; *R. v. Yebes*, [1987] 2 S.C.R. 168; *R. v. Biniaris*, 2000 SCC 15, [2000] 1 S.C.R. 381; *R. v. Morrissey* (1995), 97 C.C.C. (3d) 193; *R. v. Pittiman*, 2006 SCC 9, [2006] 1 S.C.R. 381.

By LeBel J.

Applied: *R. v. Lohrer*, 2004 SCC 80, [2004] 3 S.C.R. 732; **explained:** *R. v. Beaudry*, 2007 SCC 5, [2007] 1 S.C.R. 190; **referred to:** *R. v. Yebes*, [1987] 2 S.C.R. 168; *R. v. Biniaris*, 2000 SCC 15, [2000] 1 S.C.R. 381; *R. v. O'Brien*, 2011 SCC 29, [2011] 2 S.C.R. 485; *R. v. C.L.Y.*, 2008 SCC 2, [2008] 1 S.C.R. 5; *R. v. Morrissey* (1995), 97 C.C.C. (3d) 193.

By Charron J. (concurring with LeBel J. in the result)

Applied: *R. v. Lohrer*, 2004 SCC 80, [2004] 3 S.C.R. 732; **explained:** *R. v. Beaudry*, 2007 SCC 5, [2007] 1 S.C.R. 190; **referred to:** *R. v. Yebes*, [1987] 2 S.C.R. 168; *R. v. Biniaris*, 2000 SCC 15, [2000] 1 S.C.R. 381; *R. v. Morrissey* (1995), 97 C.C.C. (3d) 193; *R. v. Pittiman*, 2006 SCC 9, [2006] 1 S.C.R. 381; *R. v. Jaw*, 2009 SCC 42, [2009] 3 S.C.R. 26.

La juge en chef McLachlin et les juges Binnie, Fish et Cromwell (dissidents) : La juge du procès a mal interprété l'essence de la preuve sur un point important, et la Cour d'appel a appliqué explicitement et adéquatement le critère énoncé dans l'arrêt *Lohrer*. Le renvoi par la Cour d'appel à l'apparente reconnaissance par la juge du procès d'une preuve selon laquelle l'accusé et les deux coaccusés avaient projeté de sortir ensemble commettre un autre vol qualifié décrit bien une erreur véritable. L'interprétation erronée de la preuve par la juge du procès a influé sur son évaluation des autres éléments de preuve circonstancielle invoqués par le ministère public. La prétendue intention de l'accusé et de ses coaccusés de rester ensemble toute la nuit a sous-tendu l'inférence de la juge voulant que l'accusé se soit trouvé sur le lieu du crime. La preuve n'établissait ni la participation de l'accusé à l'agression ni sa présence lors de la perpétration du crime. Nulle preuve génétique ne relie l'accusé au lieu du crime. Mais surtout, même s'il était établi qu'il s'y trouvait, sa participation à l'agression ne serait pas démontrée pour autant.

Jurisprudence

Citée par le juge Fish (dissident)

Arrêt appliqué : *R. c. Lohrer*, 2004 CSC 80, [2004] 3 R.C.S. 732; **arrêt expliqué :** *R. c. Beaudry*, 2007 CSC 5, [2007] 1 R.C.S. 190; **arrêts mentionnés :** *R. c. Sheppard*, 2002 CSC 26, [2002] 1 R.C.S. 869; *R. c. Yebes*, [1987] 2 R.C.S. 168; *R. c. Biniaris*, 2000 CSC 15, [2000] 1 R.C.S. 381; *R. c. Morrissey* (1995), 97 C.C.C. (3d) 193; *R. c. Pittiman*, 2006 CSC 9, [2006] 1 R.C.S. 381.

Citée par le juge LeBel

Arrêt appliqué : *R. c. Lohrer*, 2004 CSC 80, [2004] 3 R.C.S. 732; **arrêt expliqué :** *R. c. Beaudry*, 2007 CSC 5, [2007] 1 R.C.S. 190; **arrêts mentionnés :** *R. c. Yebes*, [1987] 2 R.C.S. 168; *R. c. Biniaris*, 2000 CSC 15, [2000] 1 R.C.S. 381; *R. c. O'Brien*, 2011 CSC 29, [2011] 2 R.C.S. 485; *R. c. C.L.Y.*, 2008 CSC 2, [2008] 1 R.C.S. 5; *R. c. Morrissey* (1995), 97 C.C.C. (3d) 193.

Citée par la juge Charron (souscrivant aux motifs du juge LeBel quant au résultat)

Arrêt appliqué : *R. c. Lohrer*, 2004 CSC 80, [2004] 3 R.C.S. 732; **arrêt expliqué :** *R. c. Beaudry*, 2007 CSC 5, [2007] 1 R.C.S. 190; **arrêts mentionnés :** *R. c. Yebes*, [1987] 2 R.C.S. 168; *R. c. Biniaris*, 2000 CSC 15, [2000] 1 R.C.S. 381; *R. c. Morrissey* (1995), 97 C.C.C. (3d) 193; *R. c. Pittiman*, 2006 CSC 9, [2006] 1 R.C.S. 381; *R. c. Jaw*, 2009 CSC 42, [2009] 3 R.C.S. 26.

By Abella J. (concurring with LeBel J. in the result)

Referred to: *R. v. Beaudry*, 2007 SCC 5, [2007] 1 S.C.R. 190.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 686(1)(a), (b).

Authors Cited

Canadian Oxford Dictionary, 2nd ed. Don Mills, Ont.: Oxford University Press, 2004, “apparent”.

APPEAL from a judgment of the Manitoba Court of Appeal (Monnin, Hamilton and Freedman J.J.A.), 2009 MBCA 71, 240 Man. R. (2d) 135, 456 W.A.C. 135, 245 C.C.C. (3d) 331, 69 C.R. (6th) 163, [2009] 8 W.W.R. 581, [2009] M.J. No. 252 (QL), 2009 CarswellMan 342, setting aside the conviction entered by Simonsen J., 2007 MBQB 219, 219 Man. R. (2d) 63, [2007] M.J. No. 324 (QL), 2007 CarswellMan 352, and ordering a new trial. Appeal allowed, McLachlin C.J. and Binnie, Fish and Cromwell J.J. dissenting.

Elizabeth A. Thomson and Ami Kotler, for the appellant.

Richard J. Wolson, Q.C., and *Evan J. Roitenberg*, for the respondent.

James D. Sutton and Carole Sheppard, for the intervener the Director of Public Prosecutions of Canada.

Joan Barrett, for the intervener the Attorney General of Ontario.

The reasons of McLachlin C.J. and Binnie, Fish and Cromwell J.J. were delivered by

FISH J. (dissenting) —

I

[1] Terrence Sinclair was tried and convicted of manslaughter in the Manitoba Court of Queen’s Bench (2007 MBQB 219, 219 Man. R. (2d) 63). The Court of Appeal set aside Mr. Sinclair’s conviction

Citée par la juge Abella (souscrivant aux motifs du juge LeBel quant au résultat)

Arrêt mentionné : *R. c. Beaudry*, 2007 CSC 5, [2007] 1 R.C.S. 190.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 686(1)(a), (b).

Doctrine citée

Le Nouveau Petit Robert : dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française. Paris : Le Robert, 2010, « apparent ».

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel du Manitoba (les juges Monnin, Hamilton et Freedman), 2009 MBCA 71, 240 Man. R. (2d) 135, 456 W.A.C. 135, 245 C.C.C. (3d) 331, 69 C.R. (6th) 163, [2009] 8 W.W.R. 581, [2009] M.J. No. 252 (QL), 2009 CarswellMan 342, qui a annulé la déclaration de culpabilité inscrite par la juge Simonsen, 2007 MBQB 219, 219 Man. R. (2d) 63, [2007] M.J. No. 324 (QL), 2007 CarswellMan 352, et ordonné la tenue d’un nouveau procès. Pourvoi accueilli, la juge en chef McLachlin et les juges Binnie, Fish et Cromwell sont dissidents.

Elizabeth A. Thomson et Ami Kotler, pour l’appelante.

Richard J. Wolson, c.r., et *Evan J. Roitenberg*, pour l’intimé.

James D. Sutton et Carole Sheppard, pour l’intervenant le Directeur des poursuites pénales du Canada.

Joan Barrett, pour l’intervenant le procureur général de l’Ontario.

Version française des motifs de la juge en chef McLachlin et des juges Binnie, Fish et Cromwell rendus par

LE JUGE FISH (dissent) —

I

[1] Terrence Sinclair a été jugé et déclaré coupable d’homicide involontaire coupable par la Cour du Banc de la Reine du Manitoba (2007 MBQB 219, 219 Man. R. (2d) 63). La Cour d’appel a annulé

and ordered a new trial (2009 MBCA 71, 240 Man. R. (2d) 135). This is an appeal by the Crown against that judgment, with leave of the Court, and the issue raised concerns the governing test for unreasonable verdicts under s. 686(1)(a)(i) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, pursuant to *R. v. Beaudry*, 2007 SCC 5, [2007] 1 S.C.R. 190.

[2] I agree with the Court of Appeal that the appellant's conviction must be set aside and that a new trial must be had. More particularly, and with respect, I agree that the trial judge misapprehended the substance of the evidence on a material matter and that this error was essential to the trial judge's reasoning. Finally, I agree that the trial judge's misapprehension of the evidence is therefore fatal to her verdict.

[3] While a verdict that rests on a mistake as to the substance of the evidence may well be "unreasonable" in the broad sense of that term, *Beaudry* has no application to errors of this sort. Rather, they are governed by *R. v. Lohrer*, 2004 SCC 80, [2004] 3 S.C.R. 732. Nor does *Beaudry* govern trial court decisions that are rendered inscrutable by an absence of sufficient reasons, as in *R. v. Sheppard*, 2002 SCC 26, [2002] 1 S.C.R. 869.

[4] Nothing in *Beaudry* should be taken as a departure from the well-established principles of appellate review set out in *R. v. Yeves*, [1987] 2 S.C.R. 168, and *R. v. Biniaris*, 2000 SCC 15, [2000] 1 S.C.R. 381. *Yeves* and *Biniaris* continue to apply where the issue is whether the verdict could have been reached reasonably by a properly instructed jury or a judge sitting alone. *Beaudry*, as we shall see, involves a narrower inquiry. Its concern is whether it can be seen from the reasons for judgment that the trial judge's conclusion — that is to say, the judge's *verdict* — was reached illogically or irrationally. As Justice Charron puts it, *Beaudry* is concerned with "fundamental flaws in the reasoning process that led to [the trial judge's verdict]" (para. 77).

la déclaration de culpabilité et a ordonné un nouveau procès (2009 MBCA 71, 240 Man. R. (2d) 135). Le ministère public interjette appel avec l'autorisation de la Cour, et le litige porte sur le critère qui permet de conclure au caractère déraisonnable d'un verdict pour l'application du sous-al. 686(1)(a)(i) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, suivant l'arrêt *R. c. Beaudry*, 2007 CSC 5, [2007] 1 R.C.S. 190.

[2] Je conviens avec la Cour d'appel qu'il faut annuler la déclaration de culpabilité et ordonner un nouveau procès. Avec égards pour l'opinion contraire, je souscris plus particulièrement à la conclusion que la juge du procès a mal interprété l'essence de la preuve sur un point important et que cette erreur constitue un élément essentiel de son raisonnement. Enfin, je conviens que la mauvaise interprétation de la preuve par la juge porte donc un coup fatal au verdict.

[3] Bien qu'un verdict fondé sur une erreur quant à l'essence de la preuve puisse fort bien être « déraisonnable » au sens général de ce terme, l'arrêt *Beaudry* ne s'applique pas à ce type d'erreur, qui est plutôt régi par l'arrêt *R. c. Lohrer*, 2004 CSC 80, [2004] 3 R.C.S. 732. L'arrêt *Beaudry* ne s'applique pas non plus à la décision de première instance qui est inintelligible à cause de motifs insuffisants, comme celle contestée dans l'arrêt *R. c. Sheppard*, 2002 CSC 26, [2002] 1 R.C.S. 869.

[4] L'arrêt *Beaudry* ne modifie en rien les principes bien établis du contrôle en appel énoncés dans *R. c. Yeves*, [1987] 2 R.C.S. 168, et *R. c. Biniaris*, 2000 CSC 15, [2000] 1 R.C.S. 381. Ces deux arrêts demeurent applicables lorsqu'il s'agit de déterminer si un jury ayant reçu des directives adéquates, ou un juge siégeant seul, aurait raisonnablement pu rendre le verdict en cause. Comme nous le verrons, dans *Beaudry*, l'analyse est plus circonscrite : appert-il de ses motifs que le juge du procès est arrivé à sa conclusion — c'est-à-dire à son *verdict* — de manière illogique ou irrationnelle? Comme le formule la juge Charron, l'arrêt *Beaudry* s'intéresse aux « vices fondamentaux du raisonnement qui [. . .] mène [au verdict du juge du procès] » (par. 77).

[5] In short, *Beaudry* serves an important function of limited scope on an appellate review for unreasonableness under s. 686(1)(a)(i) of the *Code*. And I agree with the Crown that the Court of Appeal, to the extent that it appears in some measure to have done so, should not have rested its judgment in this case on *Beaudry*. The decisive error it identified does, however, fall squarely within *Lohrer*, and the Court of Appeal, notably at paras. 94-97 of its judgment, applied the *Lohrer* test explicitly and correctly. I would affirm the judgment of the Court of Appeal for that reason, and for the reasons that follow.

II

[6] Mr. Sinclair was jointly tried with Dallas Pruden-Wilson on charges of manslaughter and aggravated assault. The trial judge convicted them both of manslaughter. Having concluded that a new trial should be had, I will say no more about the facts than is necessary to explain my conclusion.

[7] Essentially, the trial judge rested her finding of guilt on the circumstantial evidence adduced by the Crown. In her view, that evidence supported the inferences that Mr. Sinclair and the co-accused were together throughout the night and that Mr. Sinclair participated in the assault of the victim, Adam Lecours. It is undisputed that Mr. Lecours was left lying in the street by his assailants, where he was later run over and killed by a passing automobile.

[8] In her reasons for judgment, the trial judge began by noting what she understood as a reference by the Crown to “evidence that, prior to the assault, [Mr.] Pruden-Wilson, [Mr.] Sinclair and [a] youth [separately charged] planned to go out together to commit another robbery” (para. 21). This, along with evidence that the three accused were out of the house at the same time and other apparently incriminating circumstantial evidence, satisfied

[5] En bref, l’arrêt *Beaudry* joue un rôle important mais limité lors du contrôle en appel du caractère déraisonnable d’une décision pour les besoins du sous-al. 686(1)(a)(i) du *Code*. De plus, je retiens la thèse du ministère public selon laquelle, dans la mesure où elle paraît l’avoir fait jusqu’à un certain point, la Cour d’appel n’aurait pas dû, en l’espèce, fonder son jugement sur l’arrêt *Beaudry*. Toutefois, l’erreur déterminante relevée est nettement du ressort de l’arrêt *Lohrer*, et la Cour d’appel applique de manière explicite et adéquate, notamment aux par. 94-97 de ses motifs, le critère énoncé dans cet arrêt. Pour cette raison et pour celles exposées ci-après, je suis d’avis de confirmer le jugement de la Cour d’appel.

II

[6] Accusé d’homicide involontaire coupable et de voies de fait graves, M. Sinclair a été jugé conjointement avec Dallas Pruden-Wilson. La juge du procès les a tous deux déclarés coupables d’homicide involontaire coupable. Puisque je conclus qu’un nouveau procès doit être tenu, je ne reviens sur les faits que dans la mesure nécessaire pour expliquer ma conclusion.

[7] Essentiellement, la juge du procès fonde la déclaration de culpabilité sur la preuve circonstancielle offerte par le ministère public. Selon elle, cette preuve étaye les inférences que M. Sinclair et son coaccusé ont été ensemble toute la nuit et que le premier a participé à l’agression de la victime, Adam Lecours. Il est clairement établi que la victime a été abandonnée par ses agresseurs alors qu’elle gisait dans la rue et qu’elle a ensuite été écrasée mortellement par une voiture.

[8] Dans ses motifs, la juge du procès fait d’abord état de ce qu’elle considère comme un renvoi du ministère public à la [TRADUCTION] « preuve selon laquelle, avant l’agression, [M.] Pruden-Wilson, [M.] Sinclair et [un] adolescent [accusé séparément] avaient projeté de sortir ensemble pour commettre un autre vol qualifié » (par. 21). Cet élément, jumelé à la preuve que les trois accusés se sont absentés de la maison en même temps et à d’autres

the trial judge that Mr. Sinclair was guilty of manslaughter (paras. 21-22).

[9] The Court of Appeal set aside the verdict unanimously. In the court's view, the trial judge's reasons were generally "clear, comprehensive, cogent and consistent with the evidence" (para. 72), but contained a fatal error. The trial judge, said the court, had misapprehended the evidence on an essential point: She mistook for *evidence* the Crown's *theory* concerning a planned second robbery and Mr. Sinclair's presence when it was committed (para. 94).

[10] After a thorough review of the entire trial record, the Court of Appeal concluded that no such evidence had been adduced, and that the inference drawn by the trial judge was thus based in part on non-existent testimony. Because there may nonetheless have been "evidence capable of supporting a conviction", it ordered a new trial (paras. 99-100).

III

[11] The Court of Appeal framed the issue before it this way:

We must, therefore, ask whether in reaching her verdict, the judge relied (and, we would add, on a material matter) on evidence not in the record. If she did, then according to *Beaudry*, her reasons cannot serve as a basis for the verdict. [Emphasis added; para. 93.]

[12] I agree, of course, that a verdict based on an erroneous understanding of the evidence with regard to a material matter cannot support a finding of guilt. As mentioned earlier, I agree as well that this sort of misapprehension of the evidence may well render the verdict at trial "unreasonable" within the meaning of s. 686(1)(a)(i) of the *Criminal Code*.

[13] In *R. v. Morrissey* (1995), 97 C.C.C. (3d) 193 (Ont. C.A.), Doherty J.A. explained that

éléments de preuve circonstancielle apparemment incriminants, convainc la juge du procès que M. Sinclair est coupable d'homicide involontaire coupable (par. 21-22).

[9] La Cour d'appel écarte à l'unanimité ce verdict. Elle estime que les motifs de la juge du procès sont généralement [TRADUCTION] « clairs, exhaustifs, convaincants et compatibles avec la preuve » (par. 72), mais qu'ils comportent une erreur fatale. À son avis, la juge du procès se méprend quant à la preuve sur un point essentiel : elle a tort de considérer comme une *preuve* la *thèse* du ministère public relative à un deuxième vol projeté et à la présence de M. Sinclair lors de la perpétration de cet autre vol qualifié (par. 94).

[10] Après un examen approfondi du dossier d'instruction dans son entier, la Cour d'appel conclut qu'aucune preuve n'étaye cette thèse, de sorte que l'inférence de la juge du procès repose en partie sur un témoignage inexistant. Comme il pourrait néanmoins y avoir une [TRADUCTION] « preuve susceptible d'appuyer une déclaration de culpabilité », la Cour d'appel ordonne un nouveau procès (par. 99-100).

III

[11] La Cour d'appel formule comme suit la question dont elle est saisie :

[TRADUCTION] Nous devons donc nous demander si, pour rendre son verdict, la juge s'est appuyée (qui plus est, en ce qui concerne un point important) sur une preuve ne figurant pas au dossier. Dans l'affirmative, l'arrêt *Beaudry* enseigne que ses motifs ne peuvent fonder le verdict. [Je souligne; par. 93.]

[12] Je reconnais évidemment qu'une conclusion prenant appui sur une compréhension erronée de la preuve en ce qui concerne un point important ne saurait justifier une déclaration de culpabilité. J'ai déjà convenu que ce genre d'interprétation erronée de la preuve peut fort bien rendre « déraisonnable » au sens du sous-al. 686(1)(a)(i) du *Code criminel* le verdict prononcé à l'issue du procès.

[13] Dans l'arrêt *R. c. Morrissey* (1995), 97 C.C.C. (3d) 193 (C.A. Ont.), le juge Doherty explique

misapprehensions of the evidence include not only a mistake as to the substance of the evidence, but also “a failure to consider evidence relevant to a material issue” and “a failure to give proper effect to evidence” (p. 218). I agree with Justice Doherty that “[i]n cases tried without juries, a finding that the trial judge did misapprehend the evidence can . . . figure prominently in an argument that the resulting verdict was unreasonable” (p. 220).

[14] While a misapprehension of the evidence may help to establish that a verdict is unreasonable within the meaning of *Yebes* and *Biniaris*, *Beaudry* does not govern an error of this sort.

[15] Rather, the *Beaudry* test addresses the reasonableness of the judge’s verdict, notably by scrutinizing the logic of the judge’s *findings of fact or inferences drawn from the evidence admitted at trial*. A trial judge who is mistaken as to the evidence admitted at trial *misapprehends the evidence*, inviting appellate scrutiny under *Lohrer*, not *Beaudry*; a trial judge who is not mistaken as to the evidence but reaches a verdict by an illogical or irrational reasoning process commits an error under *Beaudry*, not *Lohrer*. These are conceptually distinct errors. To conflate them is to disregard the rationale of *Beaudry* and the jurisprudential gap it has filled.

[16] An appellate court will thus be justified in intervening, pursuant to *Beaudry*, where a trial judge draws an inference or makes a finding of fact that is (1) plainly contradicted by the evidence relied on for that purpose by the judge, or (2) demonstrably incompatible with evidence that is not otherwise contradicted or rejected by the trial judge.

[17] In *Beaudry*, all nine justices agreed that a verdict may be unreasonable *even if supported by the evidence*. While four members of the Court pointed in this regard only to inconsistent verdicts (*R. v. Pittiman*, 2006 SCC 9, [2006] 1 S.C.R. 381, at para. 14, cited in *Beaudry*, at para. 57), five justices

qu’une interprétation erronée de la preuve s’entend non seulement d’une erreur quant à l’essence de la preuve, mais aussi de [TRADUCTION] « l’omission de prendre en considération une preuve pertinente sur un point important » et de « l’omission de reconnaître à la preuve sa véritable incidence » (p. 218). Je conviens avec le juge Doherty que, « [d]ans un procès sans jury, la constatation que le juge du procès s’est mépris sur la preuve peut [. . .] être mise en évidence dans la conclusion que le verdict rendu est déraisonnable » (p. 220).

[14] Même si l’interprétation erronée de la preuve peut permettre d’établir le caractère déraisonnable d’un verdict au sens des arrêts *Yebes* et *Biniaris*, l’arrêt *Beaudry* ne vise pas l’erreur de ce type.

[15] En fait, le critère établi dans *Beaudry* permet de déterminer si le verdict est raisonnable, notamment en s’attachant à la logique *des conclusions de fait ou des inférences tirées de la preuve admise au procès*. Le juge qui se trompe quant à la preuve admise au procès *se méprend sur elle*, ce qui commande un contrôle en appel suivant l’arrêt *Lohrer*, et non *Beaudry*. Le juge du procès qui ne se trompe pas quant à la preuve admise au procès, mais qui arrive à un verdict par un raisonnement illogique ou irrationnel, commet une erreur visée par *Beaudry*, et non *Lohrer*. Il s’agit d’erreurs distinctes sur le plan conceptuel. Les confondre revient à faire abstraction de la raison d’être de l’arrêt *Beaudry* et du vide qu’il a comblé dans la jurisprudence.

[16] Une cour d’appel est donc justifiée d’intervenir, suivant l’arrêt *Beaudry*, lorsque le juge du procès tire une inférence ou une conclusion de fait (1) qui est clairement contredite par la preuve qu’il invoque à l’appui ou (2) dont on peut démontrer qu’elle est incompatible avec une preuve qui n’est ni contredite par d’autres éléments de preuve ni rejetée par le juge.

[17] Dans *Beaudry*, les neuf juges conviennent qu’un verdict peut être déraisonnable *même s’il s’appuie sur la preuve*. Quatre d’entre eux affirment que ce principe ne vaut que pour les verdicts incompatibles (*R. c. Pittiman*, 2006 CSC 9, [2006] 1 R.C.S. 381, par. 14, cité dans *Beaudry*, par. 57),

characterized as unreasonable, within the meaning of s. 686(1)(a)(i) of the *Criminal Code*, decisions by a trial judge “reached illogically or irrationally” (my reasons, at para. 97; Binnie J., concurring in substance, at paras. 77-80).

[18] I think it helpful, for the sake of context, to reproduce here this passage from my reasons in *Beaudry*:

It is important to remember that the unreasonable verdict test has more often than not been described and explained in cases involving jury trials, where particular considerations govern: See, for example, *R. v. Yebe*s, [1987] 2 S.C.R. 168.

Unlike judges, juries are neither required nor even permitted to give reasons. Their reasons, in this country at least, are forever shrouded in the compelled secrecy of their deliberations: Section 649 of the *Criminal Code* prohibits the disclosure, subject only to narrow exceptions, of any information relating to the proceedings of a jury. Why the jury concluded as it did is thus beyond the ken of the court, both at trial and on appeal.

Appellate courts are no more entitled to speculate about than to know how or why the jury reached its verdict. The jury is presumed to have been composed of reasonable people acting reasonably. It follows that its verdict must be deemed to be reasonable unless *no* properly instructed jury could reasonably have reached that verdict or, in the words of s. 686(1)(a)(i), it “cannot be supported by the evidence”.

The same, however, cannot be said for the verdict of a judge. The delivery of reasoned decisions is inherent in the judge’s role: *R. v. Sheppard*, [2002] 1 S.C.R. 869, 2002 SCC 26. And evaluating the reasonableness of those reasons is not a matter of speculation. Moreover, while the necessary degree of detail will vary according to the circumstances of the case, the reasons must be sufficient to permit meaningful review on appeal. There would be no need for this requirement if the sole test of unreasonableness under s. 686(1)(a)(i) is whether there is any evidence capable of supporting the verdict. [Emphasis in original; paras. 90-93.]

[19] Illogical or irrational reasoning can render verdicts unreasonable under s. 686(1)(a)(i) of the

mais cinq juges qualifient de déraisonnable, au sens du sous-al. 686(1)(a)(i) du *Code criminel*, le verdict « auquel » le juge du procès « est arrivé d’une façon illogique ou irrationnelle » (mes motifs, par. 97; motifs du juge Binnie, concordants pour l’essentiel, par. 77-80).

[18] Il m’apparaît utile, pour bien établir le contexte, de reproduire les passages suivants de mes motifs dans *Beaudry* :

Il importe de se rappeler que le critère du verdict déraisonnable a été plus souvent qu’autrement défini et expliqué dans des cas de procès devant jury, où s’appliquent des considérations particulières : voir, par exemple, *R. c. Yebe*s, [1987] 2 R.C.S. 168.

Contrairement aux juges, les jurés ne sont pas tenus de motiver leur décision, ni même autorisés à le faire. Leurs motifs, au Canada du moins, demeurent à jamais entourés du secret de leurs délibérations : l’art. 649 du *Code criminel* interdit la divulgation, sous réserve seulement d’exceptions limitées, de tout renseignement relatif aux délibérations d’un jury. Les raisons pour lesquelles le jury a conclu comme il l’a fait échappent au tribunal, tant en première instance qu’en appel.

Les cours d’appel n’ont pas plus le droit de savoir comment ou pourquoi le jury est arrivé à son verdict qu’elles n’ont celui d’émettre des hypothèses à ce sujet. Il faut présumer que le jury était composé de gens raisonnables agissant raisonnablement. Son verdict doit donc être tenu pour raisonnable, sauf si *aucun* jury ayant reçu des directives appropriées n’aurait pu raisonnablement arriver à un tel verdict ou, pour reprendre le libellé du sous-al. 686(1)(a)(i), si le verdict « ne peut pas s’appuyer sur la preuve ».

On ne peut cependant pas en dire autant du verdict prononcé par un juge. C’est le rôle du juge de prononcer des décisions motivées : *R. c. Sheppard*, [2002] 1 R.C.S. 869, 2002 CSC 26. Et évaluer le caractère raisonnable de ces motifs ne saurait relever de la conjecture. De plus, si le niveau de détails requis variera selon les circonstances de l’affaire, les motifs doivent être suffisamment détaillés pour permettre un examen valable en appel. Une telle exigence serait inutile si le seul critère permettant d’apprécier le caractère déraisonnable pour l’application du sous-al. 686(1)(a)(i) consistait à se demander si la preuve permet de justifier le verdict. [En italique dans l’original; par. 90-93.]

[19] Un raisonnement illogique ou irrationnel peut entraîner un verdict déraisonnable au sens

Code, in various ways. *Beaudry* identifies two. First, a verdict is unreasonable where the judge draws an inference or makes a finding of fact essential to the verdict that is “plainly contradicted by the very evidence from which it was drawn” or upon which it has been made to rest (para. 105). In that case, the essential finding is illogical or unreasonable in light of the evidence relied upon in making the finding. Here, the rule of law speaks the language of logic: From accepted evidence “X”, a court cannot lawfully infer “not X”.

[20] I found in *Beaudry* that the trial judge had committed an error of this sort. The issue in that case was whether the accused had the specific intent to obstruct, pervert or defeat the course of justice when he decided not to take the breath samples needed to charge a fellow officer. In concluding that he did, the trial judge relied on evidence which in my view demonstrated that Mr. Beaudry did *not* seek to conceal the offence and did *not* wish to foreclose the possibility of prosecution (para. 111). Accordingly, I found that the judge’s inference that Mr. Beaudry intended to obstruct justice was plainly contradicted by the very evidence from which it was drawn and that his verdict was therefore “unreasonable” within the meaning of s. 686(1)(a)(i).

[21] A verdict is likewise unreasonable where the judge draws an inference or makes a finding of fact essential to the verdict if that inference or finding of fact is “demonstrably incompatible’ with evidence that is neither contradicted by other evidence nor rejected by the trial judge” (*Beaudry*, at para. 79, *per* Binnie J.). Here, an essential inference that appears compatible with the evidence from which it is drawn implodes on contextual scrutiny. This is so where a trial judge infers from *some* of the available evidence that an accused had the requisite intent to obstruct justice and this inference is supportable on the evidence relied upon but is not supportable on consideration of other evidence that

du sous-al. 686(1)a)(i) du *Code*, et ce, de différentes façons. L’arrêt *Beaudry* en mentionne deux. Premièrement, un verdict est déraisonnable lorsque le juge tire une inférence ou une conclusion de fait essentielle au prononcé du verdict et que cette inférence ou cette conclusion de fait est « clairement contredite par l’élément de preuve à partir duquel elle est tirée » ou sur lequel elle se fonde (par. 105). Dans un tel cas, la conclusion essentielle est illogique ou déraisonnable eu égard à la preuve invoquée à l’appui. Le principe de légalité recourt alors au langage de la logique : d’un élément de preuve « X » retenu, le tribunal ne saurait légitimement tirer une inférence « non-X », c’est-à-dire contraire à cet élément.

[20] Dans *Beaudry*, je conclus que le juge du procès a commis une erreur de cette nature. Dans cette affaire, il s’agissait de savoir si le policier accusé avait eu l’intention spécifique d’entraver, de détourner ou de contrecarrer le cours de la justice lorsqu’il avait décidé de ne pas recueillir les échantillons d’haleine nécessaires pour inculper un collègue. Pour répondre par l’affirmative, le juge du procès s’était appuyé sur des éléments de preuve qui, selon moi, démontraient que M. Beaudry *n’avait pas* tenté de dissimuler l’infraction et *n’avait pas* voulu empêcher une poursuite (par. 111). Par conséquent, j’ai conclu que l’inférence du juge selon laquelle M. Beaudry voulait entraver la justice était manifestement contredite par la preuve même dont elle était tirée, et que le verdict était donc « déraisonnable » au sens du sous-al. 686(1)a)(i).

[21] Un verdict est également déraisonnable lorsque le juge tire une inférence ou une conclusion de fait essentielle au prononcé du verdict et qu’il s’agit d’une inférence ou d’une conclusion de fait « “dont on peut démontrer qu’ell[e est] incompatibl[e]” avec une preuve qui n’est ni contredite par d’autres éléments de preuve ni rejetée par le juge du procès » (*Beaudry*, par. 79, le juge Binnie). Dans ce cas, l’inférence essentielle apparemment compatible avec la preuve dont elle est tirée ne résiste pas à l’analyse contextuelle. Il en est ainsi lorsque le juge du procès infère de *certain*s éléments de la preuve offerte que l’accusé avait l’intention requise d’entraver la justice et que cette inférence peut être étayée par la

has been neither contradicted by other evidence nor rejected by the trial judge. Here, too, a verdict of guilt “would lack legitimacy and would properly . . . be treated as ‘unreasonable’” (*ibid.*).

[22] Fortunately, unreasonable verdicts of either sort are exceedingly rare. But when they do occur, appellate courts are authorized — indeed, bound — to intervene.

[23] The remedy will depend on the circumstances of the case. Where the verdict is found to be unreasonable under *Beaudry* and, in any event, unavailable on the record, an acquittal will ensue pursuant to *Biniaris*. But where the verdict is found to be unreasonable under *Beaudry* and the record discloses “evidence capable of supporting a conviction”, a new trial will be ordered (*Beaudry*, at para. 97).

[24] The rationale for ordering a new trial in the latter case was explained this way in *Beaudry*:

No one should stand convicted on the strength of manifestly bad reasons . . . on the ground that another judge (who never did and never will try the case) could *but might not necessarily* have reached the same conclusion for *other reasons*. A verdict that was reached illogically or irrationally is hardly made reasonable by the fact that another judge could reasonably have convicted *or acquitted* the accused. [Emphasis in original; para. 97.]

[25] Here, “manifestly bad reasons” refers to the fatal flaw in the reasoning process that underpins the trial judge’s conclusion, not to the insufficiency or inadequacy of the reasons in other respects. As mentioned earlier, *Beaudry* complements but neither duplicates nor displaces *Sheppard*, which continues to govern the requirement of adequate reasons to ensure meaningful appellate review. Indeed, in the absence of reasons that are adequate under *Sheppard*, a reviewing court

preuve invoquée, mais qu’elle ne peut être retenue au regard d’autres éléments de preuve qui n’ont été ni contredits par des éléments de preuve différents, ni rejetés par le juge du procès. Encore une fois, le verdict de culpabilité « serait privé de légitimité et pourrait, à juste titre [. . .], être considéré comme “déraisonnable” » (*ibid.*).

[22] Heureusement, ces deux types de verdict déraisonnable sont extrêmement rares, mais lorsqu’ils se présentent, une cour d’appel a non seulement la faculté, mais l’obligation, d’intervenir.

[23] La réparation dépend des circonstances de l’affaire. Lorsque le verdict est jugé déraisonnable suivant le critère de l’arrêt *Beaudry* et ne saurait de toute façon se justifier eu égard à la preuve au dossier, l’acquittement est alors prononcé conformément à l’arrêt *Biniaris*. Toutefois, lorsque le verdict est jugé déraisonnable suivant ce même critère et que le dossier renferme une « preuve [. . .] susceptible d’appuyer une [déclaration de culpabilité] », un nouveau procès est alors ordonné (*Beaudry*, par. 97).

[24] La raison d’être d’un nouveau procès dans le second cas est expliquée comme suit dans l’arrêt *Beaudry* :

Nul ne devrait être reconnu coupable sur le fondement de motifs manifestement mauvais [. . .] parce qu’un autre juge (qui n’a jamais entendu l’affaire et qui ne l’entendra jamais) aurait peut-être pu, *mais pas nécessairement*, arriver à la même conclusion pour *d’autres motifs*. Un verdict auquel on est arrivé d’une façon illogique ou irrationnelle peut difficilement devenir raisonnable du fait qu’un autre juge aurait pu raisonnablement condamner *ou acquitter* l’accusé. [En italique dans l’original; par. 97.]

[25] Dans ce cas, l’expression « motifs manifestement mauvais » s’entend de la lacune fatale du raisonnement qui sous-tend la conclusion du juge du procès, et non du caractère insuffisant ou inadéquat des motifs à d’autres égards. Je le répète, l’arrêt *Beaudry* complète — sans toutefois reprendre ou écarter — l’arrêt *Sheppard*, lequel continue de régir l’obligation du tribunal de première instance de motiver adéquatement ses décisions pour en permettre un examen valable en appel. D’ailleurs,

could hardly assess their reasonableness under *Beaudry*.

[26] A verdict reached illogically or irrationally is “unreasonable” because it is not reached *judicially*, or in accordance with the rule of law.

IV

[27] I agree with the Court of Appeal that the record in this case contains “evidence capable of supporting a conviction” (para. 100). Since a properly instructed jury, acting judicially, could reasonably have reached the same conclusion as the trial judge, her verdict is not unreasonable within the meaning of *Biniaris*. Nor can it be characterized as unreasonable within the more limited scope of *Beaudry*.

[28] Accordingly, as mentioned at the outset, I agree with the Crown that the Court of Appeal, to the extent that it appears in some measure to have done so, could not rest its judgment in this case on *Beaudry*. But I think it right to remember that the Court of Appeal did not have the benefit of these reasons, which more fully explain the conceptual distinction between *Beaudry* and *Lohrer*.

[29] As I mentioned as well, I believe the Court of Appeal nonetheless reached the right conclusion for substantially the right reason.

[30] Speaking for a unanimous Court in *Lohrer*, Binnie J. stated:

This is an appeal as of right from convictions of the appellant for aggravated assault and uttering a threat. A majority of the B.C. Court of Appeal affirmed the convictions. Hollinrake J.A. dissented. He found applicable to this case what was said by Doherty J.A. of the Ontario Court of Appeal in *R. v. Morrissey* (1995), 97 C.C.C. (3d) 193, as follows at p. 221:

en l’absence de motifs adéquats au sens de l’arrêt *Sheppard*, un tribunal d’appel pourrait difficilement apprécier leur caractère raisonnable au regard de l’arrêt *Beaudry*.

[26] Le verdict auquel on arrive de façon illogique ou irrationnelle est « déraisonnable » parce qu’il n’est pas rendu *de manière judiciaire* ou conformément au principe de légalité.

IV

[27] Je conviens avec la Cour d’appel que le dossier renferme en l’espèce une [TRADUCTION] « preuve susceptible d’appuyer une déclaration de culpabilité » (par. 100). Puisqu’un jury ayant reçu des directives appropriées et ayant agi judiciairement aurait pu raisonnablement arriver à la même conclusion que la juge du procès, le verdict de cette dernière n’est pas déraisonnable au sens de l’arrêt *Biniaris*. Il ne peut non plus être qualifié de déraisonnable suivant l’arrêt *Beaudry*, dont la portée est plus circonscrite.

[28] Par conséquent, comme je le mentionne au début des présents motifs, je conviens avec le ministère public que, dans la mesure où elle paraît l’avoir fait jusqu’à un certain point, la Cour d’appel ne pouvait en l’espèce fonder son jugement sur l’arrêt *Beaudry*. Toutefois, je crois opportun de rappeler que le présent arrêt, qui explique plus en détail ce qui distingue les arrêts *Beaudry* et *Lohrer* sur le plan conceptuel, n’avait pas encore été rendu et que la Cour d’appel ne pouvait en tenir compte.

[29] J’ai déjà exprimé l’opinion que la Cour d’appel arrive néanmoins à la bonne conclusion essentiellement pour le bon motif.

[30] Dans *Lohrer*, le juge Binnie affirme ce qui suit au nom des juges unanimes de notre Cour :

Le présent pourvoi est formé de plein droit contre les déclarations de culpabilité de l’appelant relativement à des accusations de voies de fait graves et de profération de menaces. La Cour d’appel de la Colombie-Britannique, à la majorité, a confirmé les déclarations de culpabilité. Le juge Hollinrake, dissident, a considéré applicables en l’espèce les propos tenus par le juge Doherty dans l’arrêt de la Cour d’appel de l’Ontario *R. c. Morrissey* (1995), 97 C.C.C. (3d) 193, p. 221 :

Where a trial judge is mistaken as to the substance of material parts of the evidence and those errors play an essential part in the reasoning process resulting in a conviction, then, in my view, the accused's conviction is not based exclusively on the evidence and is not a "true" verdict.

Later in the same paragraph, Doherty J.A. stated:

If an appellant can demonstrate that the conviction depends on a misapprehension of the evidence then, in my view, it must follow that the appellant has not received a fair trial, and was the victim of a miscarriage of justice. This is so even if the evidence, as actually adduced at trial, was capable of supporting a conviction.

We agree with these observations. Where a miscarriage of justice within the meaning of s. 686(1)(a)(iii) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, has been demonstrated an accused appellant is not bound to show in addition that the verdict cannot "be supported by the evidence" within the meaning of s. 686(1)(a)(i). [para. 1]

[31] The decisive error identified by the Court of Appeal in this case falls squarely within *Lohrer*, and the court applied the *Lohrer* test explicitly and correctly, notably at paras. 94-97 of its extensive and unanimous reasons:

The judge appears to have accepted that there was evidence that Sinclair and the other two planned to go out together to commit another robbery. She said that there was evidence that they were out together. She described [these] matters as evidentiary, when they were not. As has been explained above, this was more than factual findings based on inference; this amounted to a mischaracterization or misapprehension of the evidence.

Since the judge treated as evidentiary that which was not, she did not consider inferences, other than that the three men were out together, that were available to be drawn on the evidence. For example, there was evidence, particularly of Audy relating to the potential use of the phone at the store, that could have led the judge to

[TRADUCTION] À mon avis, si un juge commet une erreur quant à l'essence d'un élément de preuve important et que cette erreur joue un rôle capital dans le raisonnement à l'origine de la déclaration de culpabilité, il s'ensuit que la déclaration de culpabilité de l'accusé n'est pas fondée exclusivement sur la preuve et ne constitue pas un verdict « juste ».

Le juge Doherty ajoute ceci plus loin dans le même paragraphe :

[TRADUCTION] Si un appellant peut démontrer que la déclaration de culpabilité repose sur une interprétation erronée de la preuve, force est de conclure, selon moi, que l'appellant n'a pas subi un procès équitable et qu'il a été victime d'une erreur judiciaire. Tel est le cas même si la preuve réellement produite au procès était susceptible d'étayer une déclaration de culpabilité.

Nous souscrivons à ces observations. L'accusé appellant qui démontre l'existence d'une erreur judiciaire, au sens du sous-al. 686(1)(a)(iii) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, n'a pas à établir en plus que le verdict ne peut pas « s'appuyer sur la preuve », au sens du sous-al. 686(1)(a)(i). [par. 1]

[31] L'erreur déterminante relevée en l'espèce est nettement du ressort de l'arrêt *Lohrer*, et la Cour d'appel applique explicitement et adéquatement le critère énoncé dans cet arrêt, particulièrement aux par. 94-97 des motifs détaillés de son jugement unanime :

[TRADUCTION] La juge semble avoir reconnu que des éléments prouvaient que M. Sinclair et les deux autres personnes avaient eu l'intention de sortir ensemble pour commettre un autre vol qualifié. Selon ses dires, des éléments prouvaient qu'ils étaient sortis ensemble. Elle a qualifié [ces] éléments de probants alors qu'ils ne l'étaient pas. Comme nous l'expliquons précédemment, il ne s'agissait pas seulement de conclusions de fait fondées sur une inférence, mais bien d'une qualification ou d'une compréhension erronée de la preuve.

Puisque la juge a assimilé à une preuve une chose qui n'en était pas une, elle n'a pas examiné les inférences susceptibles d'être tirées de la preuve, hormis celle que les trois hommes étaient sortis ensemble. Par exemple, certains témoignages, en particulier celui de M. Audy concernant l'utilisation possible du téléphone au

a different inference about Sinclair's whereabouts and involvement.

Moreover, these mischaracterizations [in essence, misapprehensions of the evidence] were not on peripheral points. As stated by Binnie, J., for the Supreme Court in *R. v. Lohrer* . . . (at para. 2): "The misapprehension of the evidence must go to the substance rather than to the detail. It must be material rather than peripheral to the reasoning of the trial judge." It was obviously a fundamental question whether Sinclair was at the scene of the crime. The two "evidentiary" matters, among other evidence, on which the judge relied to establish that he was indeed at the scene were essential to her ultimate verdict. It cannot be stated with confidence that, had she not mischaracterized the evidence, she would have found as she did.

[32] I believe it important to add that the Court of Appeal, in ordering a new trial, took care to recall expressly that "[a]ppellate courts should not parse and dissect reasons of trial judges as if under a microscope" (para. 72). I agree, of course. In my respectful view, care must likewise be taken not to attribute to a single word in the reasons of the Court of Appeal a fatal significance divorced from its context and contrary to its literal and ordinary meaning.

[33] The Court of Appeal was troubled, as am I, by the trial judge's "apparent acceptance . . . that there was evidence of Sinclair, Pruden-Wilson and the young person planning to go out together to commit another robbery" (para. 61). According to the *Canadian Oxford Dictionary* (2nd ed. 2004), at p. 61, the primary meaning of "apparent" is "readily visible or perceivable". And, in this sense, the judge's error is indeed apparent — not speculative, or even imputed by inference.

[34] After noting the Crown's submission that circumstantial evidence established Mr. Sinclair's participation in the assault of the victim, the trial judge states: "The Crown refers to the evidence

magasin, auraient pu inciter la juge à tirer une inférence différente quant aux allées et venues et à la participation de Sinclair.

De plus, ces erreurs de qualification [essentiellement des erreurs de compréhension de la preuve] ne visaient pas des éléments secondaires. Comme le dit le juge Binnie au nom de la Cour suprême dans l'arrêt *R. c. Lohrer* [. . .] (au par. 2) : « L'interprétation erronée de la preuve doit porter sur l'essence plutôt que sur des détails. Elle doit avoir une incidence importante plutôt que secondaire sur le raisonnement du juge du procès. » La question de savoir si M. Sinclair était sur le lieu du crime constituait sans aucun doute une question fondamentale. Les deux éléments « probants », parmi d'autres éléments de preuve, invoqués par la juge pour conclure que M. Sinclair se trouvait bel et bien sur le lieu du crime, étaient essentiels au prononcé du verdict final. On ne saurait dire avec certitude que la juge aurait tiré la même conclusion si elle n'avait pas mal qualifié la preuve.

[32] Il me paraît important d'ajouter qu'au moment d'ordonner un nouveau procès, la Cour d'appel prend la peine de rappeler expressément qu'[TRADUCTION] « [u]n tribunal d'appel doit toujours s'abstenir de décortiquer ou de disséquer les motifs du juge du procès comme s'il les scrutait à la loupe » (par. 72). Je suis évidemment du même avis. Avec égards pour l'opinion contraire, il faut aussi éviter d'attribuer à un mot employé dans les motifs de la Cour d'appel une signification malheureuse dissociée du contexte et contraire au sens littéral et ordinaire.

[33] À l'instar de la Cour d'appel, je suis troublé par [TRADUCTION] « l'apparente reconnaissance [par la juge du procès] [. . .] que des éléments prouvaient que M. Sinclair, M. Pruden-Wilson et l'adolescent avaient projeté de sortir ensemble pour commettre un autre vol qualifié » (par. 61). Selon *Le nouveau Petit Robert* (2010), p. 117, l'adjectif « apparent » s'entend au premier chef de ce « [q]ui apparaît, se montre clairement aux yeux ». Et en ce sens, l'erreur de la juge est de fait apparente et non hypothétique, ni même imputée par déduction.

[34] Après avoir fait état de la prétention du ministère public selon laquelle la preuve circonstancielle établit la participation de M. Sinclair à l'agression de la victime, la juge du procès

that, prior to the assault, Pruden-Wilson, Sinclair and the youth planned to go out together to commit another robbery” (para. 21 (emphasis added)). With respect for those who read this sentence differently, it seems plain to me that the Court of Appeal’s reference to the trial judge’s “apparent acceptance” of this “evidence” is entirely grounded in the trial judge’s own words. It is, I repeat, hardly “speculative”: It aptly describes an *actual mistake*.

[35] Moreover, this mistaken view of the evidence appears from the trial judge’s ensuing reasons to have coloured her evaluation of the other circumstantial evidence upon which the Crown relied. Citing an example, the Court of Appeal explained: “Since the judge treated as evidentiary that which was not, she did not consider inferences, other than that the three men were out together, that were available to be drawn on the evidence” (reproduced above, at para. 31).

[36] The supposed plan of the three accused to commit a robbery — and to stay together for this purpose throughout the night — underpinned the judge’s inference that Mr. Sinclair was at the scene of the crime. It was the first step of the reasoning that led her to that conclusion. At no point did the judge state explicitly, or even suggest indirectly, that the “evidence” referred to by the Crown simply did not exist.

[37] For the sake of clarity, I reproduce the judge’s words once more: “The Crown refers to the evidence that, prior to the assault, Pruden-Wilson, Sinclair and the youth planned to go out together to commit another robbery” (emphasis added). Bearing in mind the plain and ordinary meaning of these words and the context in which they appear, I see no basis for assuming that the trial judge meant “the Crown submits” when she said the “Crown refers to the evidence”.

affirme : [TRADUCTION] « Le ministère public renvoie à la preuve selon laquelle, avant l’agression, M. Pruden-Wilson, M. Sinclair et l’adolescent avaient projeté de sortir ensemble pour commettre un autre vol qualifié » (par. 21 (je souligne)). Avec égards pour ceux qui interprètent cette phrase différemment, il me paraît évident que le renvoi par la Cour d’appel à l’« apparence reconnaissance » de cette « preuve » par la juge du procès repose entièrement sur les propos de cette dernière. Je le répète, cette mention ne relève guère de l’« hypothèse » : elle décrit bien une *véritable erreur*.

[35] De plus, il appert des motifs de la juge du procès que cette interprétation erronée de la preuve a influé sur son évaluation des autres éléments de preuve circonstancielle invoqués par le ministère public. Au moyen d’un exemple, la Cour d’appel donne l’explication suivante : [TRADUCTION] « Puisque la juge a assimilé à une preuve une chose qui n’en était pas une, elle n’a pas examiné les inférences susceptibles d’être tirées de la preuve, hormis celle que les trois hommes étaient sortis ensemble » (extrait reproduit au par. 31).

[36] La prétendue intention des trois accusés de commettre un vol qualifié — et de rester ensemble à cette fin toute la nuit — sous-tend l’inférence de la juge que M. Sinclair se trouvait sur le lieu du crime. Il s’agit de la première étape du raisonnement menant à sa conclusion. À aucun moment la juge n’affirme explicitement, ni même ne laisse entendre tacitement, que la « preuve » invoquée par le ministère public n’existe tout simplement pas.

[37] Par souci de clarté, je reproduis une fois de plus les propos de la juge du procès : [TRADUCTION] « Le ministère public renvoie à la preuve selon laquelle, avant l’agression, M. Pruden-Wilson, M. Sinclair et l’adolescent avaient projeté de sortir ensemble pour commettre un autre vol qualifié » (je souligne encore une fois). Vu le sens ordinaire des mots employés et le contexte dans lequel ils le sont, je ne vois aucune raison de penser que la juge du procès a voulu dire « le ministère public soutient » alors qu’elle a dit le « ministère public renvoie à la preuve ».

[38] Finally, and with respect, I am unable to share Justice LeBel's view (at para. 60) that the evidence established Mr. Sinclair's participation in the assault or even his presence at the scene when the crime was committed.

[39] First, there was "no DNA evidence linking [Mr. Sinclair] to the scene" (para. 21 of the trial judge's reasons). Second, Mr. Sinclair bore no burden to prove that he was not the third "mysterious individual whose identity remains unknown to this day" (para. 60 of Justice LeBel's reasons). It was for the Crown to prove that he was.

[40] Third, Mr. Sinclair was not bound to explain the undated cuts in his jeans and lacerations of his legs. The evidence in this regard is inconclusive on its own, and unsupported by forensic evidence of any sort. It is no more probative of Mr. Sinclair's presence at the scene of the crime than the fact that blood of *another accused* was on the victim's knife.

[41] Fourth, and perhaps most important, mere presence at the scene of the crime — even if it had been established — would not suffice to prove, as a matter of fact or matter of law, that Mr. Sinclair had participated in the assault. Indeed, as Crown counsel conceded on the hearing of this appeal, there was evidence that "earlier in the evening, [Mr. Sinclair] had been present but had not participated in another robbery" (transcript, at p. 32).

V

[42] For all of these reasons, I would dismiss this appeal, affirm the judgment of the Court of Appeal, set aside the respondent's conviction, and order a new trial.

The judgment of LeBel, Deschamps and Rothstein JJ. was delivered by

[43] LEBEL J. — I have had the benefit of reading the reasons of my colleague Fish J. With respect, I

[38] Enfin, avec égards pour mon collègue le juge LeBel, je ne puis partager son opinion (par. 60 de ses motifs) selon laquelle la preuve établissait la participation de M. Sinclair à l'agression, voire sa présence lors de la perpétration du crime.

[39] Premièrement, [TRADUCTION] « aucune preuve génétique n'établit que [M. Sinclair] se trouvait sur le lieu du crime » (par. 21 des motifs de la juge du procès). Deuxièmement, il n'incombait pas à M. Sinclair de prouver qu'il n'était pas le troisième homme, l'« inconnu dont on ignore toujours l'identité » (par. 60 des motifs du juge LeBel), mais bien au ministère public de prouver qu'il l'était.

[40] Troisièmement, M. Sinclair n'avait pas à expliquer les coupures de son jean dont on ignorait de quand elles dataient, non plus que les lacerations à ses jambes. La preuve à cet égard n'est ni concluante en soi, ni étayée par quelque élément de preuve criminalistique. Elle n'établit pas davantage la présence de M. Sinclair sur le lieu du crime que le sang d'un *autre accusé* sur le couteau de la victime.

[41] Quatrièmement, et ce qui importe sans doute le plus, la seule présence de M. Sinclair sur le lieu du crime — même si elle était établie — ne suffirait pas à prouver, en fait ou en droit, qu'il a pris part à l'agression. D'ailleurs, comme l'a admis l'avocate du ministère public lors de l'audition du pourvoi, des éléments indiquent que [TRADUCTION] « plus tôt dans la soirée, [M. Sinclair] était présent, mais qu'il n'a pas participé à un autre vol qualifié » (transcription, p. 32).

V

[42] Pour tous les motifs qui précèdent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi, de confirmer l'arrêt de la Cour d'appel, d'annuler la déclaration de culpabilité visant l'intimé et d'ordonner un nouveau procès.

Version française du jugement des juges LeBel, Deschamps et Rothstein rendu par

[43] LE JUGE LEBEL — J'ai pris connaissance des motifs du juge Fish. Je ne peux malheureusement

cannot agree with him that the Manitoba Court of Appeal was right to order a new trial on the ground that the trial judge had misapprehended the evidence in her reasons and had thus made an error that met the standard set out in *R. v. Lohrer*, 2004 SCC 80, [2004] 3 S.C.R. 732. For the reasons that follow, I would allow the appeal and restore the respondent's conviction.

[44] Before turning to the core of my disagreement with my colleague, I wish to briefly address the legal issues raised by this case. First and foremost, the Court must clarify in this appeal whether Fish J., dissenting in the result in *R. v. Beaudry*, 2007 SCC 5, [2007] 1 S.C.R. 190, expanded the "traditional scope" of s. 686(1)(a)(i) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46 (at para. 77), as delineated in *R. v. Yebes*, [1987] 2 S.C.R. 168, and *R. v. Biniaris*, 2000 SCC 15, [2000] 1 S.C.R. 381. On this point, I agree that, because Binnie J. concurred in substance in Fish J.'s reasons in *Beaudry*, Fish J. carried a majority on the issue of whether a verdict reached "illogically or irrationally" (para. 97) is "unreasonable" within the meaning of s. 686(1)(a)(i) of the *Criminal Code* (reasons of Fish J., at para. 17). I also acknowledge that Fish J.'s reasons in *Beaudry* represent the state of the law on this point.

[45] In light of this conclusion, the second — and more subtle — issue in the case at bar concerns the nature of the error requiring appellate intervention under s. 686(1)(a)(i) that *Beaudry* purported to identify. Fish J. sets out clearly, in comments with which I fully agree, what *Beaudry* does not stand for (at paras. 3-4):

While a verdict that rests on a mistake as to the substance of the evidence may well be "unreasonable" in the broad sense of that term, *Beaudry* has no application to errors of this sort. Rather, they are governed by *R. v. Lohrer*, 2004 SCC 80, [2004] 3 S.C.R. 732. Nor does *Beaudry* govern trial court decisions that are rendered inscrutable by an absence of sufficient reasons, as in *R. v. Sheppard*, 2002 SCC 26, [2002] 1 S.C.R. 869.

pas convenir avec lui que la Cour d'appel du Manitoba a eu raison d'ordonner un nouveau procès parce que, dans son jugement, la juge du procès aurait mal interprété la preuve et aurait donc commis une erreur qui correspond à la norme établie dans l'arrêt *R. c. Lohrer*, 2004 CSC 80, [2004] 3 R.C.S. 732. Pour les motifs exposés ci-après, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de rétablir la déclaration de culpabilité visant l'intimé.

[44] Avant de passer au principal point de désaccord avec mon collègue, j'examinerai brièvement les questions de droit en litige. D'abord, la Cour doit déterminer en l'espèce si, dans l'arrêt *R. c. Beaudry*, 2007 CSC 5, [2007] 1 R.C.S. 190, le juge Fish, dissident quant à l'issue du pourvoi, accroît la « portée traditionnelle » du sous-al. 686(1)(a)(i) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46 (par. 77), qu'avaient définie *R. c. Yebes*, [1987] 2 R.C.S. 168, et *R. c. Biniaris*, 2000 CSC 15, [2000] 1 R.C.S. 381. À mon avis, dans *Beaudry*, grâce aux motifs essentiellement concordants du juge Binnie sur ce point, l'opinion du juge Fish selon laquelle un verdict est « déraisonnable » au sens du sous-al. 686(1)(a)(i) du *Code criminel* lorsqu'on est parvenu à celui-ci d'une manière « illogique ou irrationnelle » (par. 97) a emporté la majorité (motifs du juge Fish, par. 17). Je reconnais également que les motifs du juge Fish dans cet arrêt représentent l'état du droit à cet égard.

[45] En raison de cette première conclusion, la deuxième question litigieuse — plus subtile — porte sur le problème du type d'erreur qui commande l'intervention en appel en vertu du sous-al. 686(1)(a)(i) du *Code criminel*, et que la Cour a tenté de préciser dans *Beaudry*. Des observations du juge Fish, avec lesquelles je suis complètement d'accord, expriment clairement ce dont cet arrêt ne décide pas (par. 3-4) :

Bien qu'un verdict fondé sur une erreur quant à l'essence de la preuve puisse fort bien être « déraisonnable » au sens général de ce terme, l'arrêt *Beaudry* ne s'applique pas à ce type d'erreur, qui est plutôt régi par l'arrêt *R. c. Lohrer*, 2004 CSC 80, [2004] 3 R.C.S. 732. L'arrêt *Beaudry* ne s'applique pas non plus à la décision de première instance qui est inintelligible à cause de motifs insuffisants, comme celle contestée dans l'arrêt *R. c. Sheppard*, 2002 CSC 26, [2002] 1 R.C.S. 869.

Nothing in *Beaudry* should be taken as a departure from the well-established principles of appellate review set out in *R. v. Yebes*, [1987] 2 S.C.R. 168, and *R. v. Biniaris*, 2000 SCC 15, [2000] 1 S.C.R. 381.

Fish J. adds that “the *Beaudry* test addresses the reasonableness of the judge’s verdict, notably by scrutinizing the logic of the judge’s *findings of fact or inferences drawn from the evidence admitted at trial*” (para. 15 (emphasis in original)). Despite the fact that I concurred with the opinion of Charron J. in *Beaudry*, I am convinced that Fish J.’s reasons in the instant case correctly reflect the position that was taken by the majority in that case. Accordingly, I concur with his reasons to that extent.

[46] My disagreement with Fish J. does not therefore pertain to his interpretation of how *Beaudry* fits into the expanded scope of s. 686(1)(a)(i). Nor does it relate to his opinion that, to the extent that the Manitoba Court of Appeal appears to have based its judgment in the instant case on *Beaudry*, it erred in law. Rather, the only point on which I disagree with Fish J. relates to the application of *Lohrer* to the facts of this case. I do not agree that the Court of Appeal identified an error in the trial judge’s reasons that “fall[s] squarely within *Lohrer*” (reasons of Fish J., at para. 5). In my respectful opinion, the trial judge did not commit an error that justified appellate intervention.

[47] Hamilton and Freedman JJ.A., writing for a unanimous Court of Appeal, held that the trial judge had misapprehended the evidence by asserting that Mr. Sinclair had been involved in a plan to commit a robbery (2009 MBCA 71, 240 Man. R. (2d) 135). In their view, as a result of this misapprehension, the trial judge’s reasoning process was flawed in two respects. They wrote:

The judge drew an inference that Sinclair and Pruden-Wilson were together throughout, but she based this inference partially on that “evidence” referred to by the Crown, when there was no such evidence. Moreover, she then found that Sinclair was one of the participants in the assault, basing this in part on the “evidence” that he and Pruden-Wilson were out together. [para. 71]

L’arrêt *Beaudry* ne modifie en rien les principes bien établis du contrôle en appel énoncés dans *R. c. Yebes*, [1987] 2 R.C.S. 168, et *R. c. Biniaris*, 2000 CSC 15, [2000] 1 R.C.S. 381.

Le juge Fish ajoute que « le critère établi dans *Beaudry* permet de déterminer si le verdict est raisonnable, notamment en s’attachant à la logique *des conclusions de fait ou des inférences tirées de la preuve admise au procès* » (par. 15 (en italique dans l’original)). Même si j’ai souscrit à l’opinion de la juge Charron dans *Beaudry*, je suis convaincu que les motifs du juge Fish en l’espèce expliquent toutefois le point de vue majoritaire dans ce dossier. Pour cette raison, je suis d’accord avec ses motifs sur ce point.

[46] Mon désaccord avec le juge Fish ne porte donc pas sur son opinion concernant la compatibilité de *Beaudry* avec la portée accrue donnée ainsi au sous-al. 686(1)(a)(i). Je ne critique pas non plus l’opinion de mon collègue laissant entendre que la Cour d’appel du Manitoba aurait commis une erreur de droit en fondant son jugement sur cet arrêt. Ma seule divergence avec le juge Fish a pour objet l’application de l’arrêt *Lohrer* aux faits de la présente affaire. En effet, je ne partage pas son avis selon lequel la Cour d’appel a relevé dans les motifs de la juge du procès une erreur qui « est nettement du ressort de l’arrêt *Lohrer* » (motifs du juge Fish, par. 5). J’estime plutôt que la juge n’a pas commis d’erreur justifiant la réformation de son jugement en appel.

[47] Au nom des juges unanimes de la Cour d’appel, les juges Hamilton et Freedman concluent que la juge du procès interprète mal la preuve lorsqu’elle affirme que M. Sinclair était partie à un projet de vol qualifié (2009 MBCA 71, 240 Man. R. (2d) 135). À leur avis, cette erreur d’interprétation vicie le raisonnement de la juge sous deux rapports :

[TRADUCTION] La juge a inféré que MM. Sinclair et Pruden-Wilson avaient toujours été ensemble, mais elle a fondé son inférence en partie sur la « preuve » à laquelle renvoie le ministère public, alors qu’il n’existait pas de preuve en ce sens. Qui plus est, elle a ensuite conclu que M. Sinclair était l’un des agresseurs en s’appuyant en partie sur la « preuve » que M. Pruden-Wilson et lui étaient sortis ensemble. [par. 71]

Fish J. agrees with this reading of the trial judge's reasons. He writes that "[s]he mistook for *evidence* the Crown's *theory* concerning a planned second robbery and Mr. Sinclair's presence when it was committed" (para. 9 (emphasis in original)).

[48] In the view of Hamilton and Freedman JJ.A., this two-fold misapprehension of the evidence thus amounted to a miscarriage of justice within the meaning of s. 686(1)(a)(iii) of the *Criminal Code*. They saw it as a basis, along with a number of other factors, for the inferences drawn by the trial judge that Mr. Sinclair was at the crime scene at the time Mr. Lecours was brutally assaulted and that he participated in the assault. They added the following comment:

Moreover, these mischaracterizations were not on peripheral points. . . . It was obviously a fundamental question whether Sinclair was at the scene of the crime. The two "evidentiary" matters, among other evidence, on which the judge relied to establish that he was indeed at the scene were essential to her ultimate verdict. It cannot be stated with confidence that, had she not mischaracterized the evidence, she would have found as she did. [Emphasis added; para. 97.]

[49] While I agree that the record does not disclose any evidence of a planned robbery involving Mr. Sinclair, I do not agree that the trial judge relied on such "evidence" to infer that Mr. Sinclair was at the crime scene. In my view, the trial judge did not actually commit the error the Court of Appeal said she had committed. She drew two key inferences to find Mr. Sinclair guilty: (1) that he was at the crime scene; and (2) that he was one of Mr. Lecours's assailants (2007 MBQB 219, 219 Man. R. (2d) 63). It is important not to be misled about the evidence that led the trial judge to draw these two inferences. Regarding Mr. Sinclair's presence at the crime scene, she considered the circumstantial evidence adduced by the Crown and found

Le juge Fish fait sienne cette interprétation des motifs de la juge du procès. Il écrit qu'« elle a tort de considérer comme une *preuve* la *thèse* du ministère public relative à un deuxième vol projeté et à la présence de M. Sinclair lors de la perpétration de cet autre vol qualifié » (par. 9 (en italique dans l'original)).

[48] Pour les juges Hamilton et Freedman, cette double interprétation erronée de la preuve équivaut donc à une erreur judiciaire au sens du sous-al. 686(1)(a)(iii) du *Code criminel*. Associée à un certain nombre d'autres facteurs, elle forme selon eux l'assise des inférences tirées par la juge du procès au sujet de la présence de M. Sinclair lors de l'agression sauvage de M. Lecours et de sa participation à celle-ci. Ils ajoutent :

[TRADUCTION] De plus, ces erreurs de qualification ne visaient pas des éléments secondaires. [. . .] La question de savoir si M. Sinclair était sur le lieu du crime constituait sans aucun doute une question fondamentale. Les deux éléments « probants », parmi d'autres éléments de preuve, invoqués par la juge pour conclure que M. Sinclair se trouvait bel et bien sur le lieu du crime, étaient essentiels au prononcé du verdict final. On ne saurait dire avec certitude que la juge aurait tiré la même conclusion si elle n'avait pas mal qualifié la preuve. [Je souligne; par. 97.]

[49] Je conviens que le dossier ne contient aucune preuve d'un projet de vol qualifié auquel aurait été partie M. Sinclair, mais je ne saurais conclure que la juge du procès s'est appuyée sur pareille « preuve » pour inférer que M. Sinclair se trouvait sur le lieu du crime. À mon avis, la juge n'a pas vraiment commis l'erreur que lui reproche la Cour d'appel. Pour déclarer M. Sinclair coupable, elle a tiré deux inférences fondamentales : (1) il s'est trouvé sur le lieu du crime et (2) il était l'un des agresseurs de M. Lecours (2007 MBQB 219, 219 Man. R. (2d) 63). Il importe de ne pas se méprendre sur la preuve qui a amené la juge du procès à tirer ces deux inférences. Au sujet de la présence de M. Sinclair sur le lieu du crime, la juge examine la preuve circonstancielle offerte par le ministère public et elle conclut ainsi :

- that Mr. Sinclair, Mr. Pruden-Wilson and the youth were all out of the residence at the time of the assault on the victim (para. 21);
 - that Mr. Sinclair knew Mr. Pruden-Wilson had been stabbed, because (1) he stormed into the house only minutes after the incident and (2) he led the subsequent efforts to locate Mr. Pruden-Wilson while the latter was still bleeding in the snow (paras. 12, 19 and 21); and
 - that DNA evidence linked Mr. Pruden-Wilson to the crime, and Mr. Pruden-Wilson's blood was found on Mr. Sinclair's jeans and hoodie (para. 21).
- M. Sinclair, M. Pruden-Wilson et l'adolescent étaient tous absents de la résidence au moment de l'agression de la victime (par. 21);
 - M. Sinclair savait que M. Pruden-Wilson avait été poignardé, car (1) il était rentré en coup de vent quelques minutes seulement après l'incident et (2) il avait ensuite mené les recherches pour retrouver M. Pruden-Wilson, qui gisait toujours dans la neige, ensanglanté (par. 12, 19 et 21);
 - la preuve génétique relie M. Pruden-Wilson au crime et le sang de M. Pruden-Wilson a été retrouvé sur le jeans et le blouson à capuchon de M. Sinclair (par. 21).

[50] From this evidence, which she assessed correctly, the trial judge drew the inference “that Sinclair and Pruden-Wilson were together throughout and that Sinclair was at the scene” (para. 21). The record supported this inference even though there was no evidence of a plan to commit a robbery, and the trial judge's reasoning discloses no mischaracterization of the evidence. With respect, it is inaccurate to state that the trial judge relied on the existence of a plan to commit a robbery to infer that Mr. Sinclair was at the crime scene. Indeed, nowhere in her reasons can support be found for the view that she *accepted* the Crown's theory of a planned robbery involving Mr. Sinclair. All she did was to refer to such a plan *as part of the Crown's theory* (at para. 21):

As for Sinclair, there is no DNA evidence linking him to the scene. Rather, the evidence is circumstantial. The Crown submits that the circumstantial evidence proves beyond a reasonable doubt Sinclair's presence at the scene and his involvement in the unlawful act of assaulting Lecours. The Crown refers to the evidence that, prior to the assault, Pruden-Wilson, Sinclair and the youth planned to go out together to commit another robbery. Although nobody saw the three leave 110 Kushner together, there was clearly a period of time, in the early morning hours, when all three were out of the residence. Further, when Sinclair returned to 110 Kushner, he knew that Pruden-Wilson had been stabbed. The Forensic Reports show that Pruden-Wilson's blood

[50] De cette preuve qu'elle apprécie correctement, la juge du procès infère [TRADUCTION] « que MM. Sinclair et Pruden-Wilson sont toujours demeurés ensemble et que M. Sinclair était sur le lieu du crime » (par. 21). Le dossier étaye cette inférence malgré l'absence d'un élément de preuve établissant l'existence d'un projet de vol qualifié. Le raisonnement de la juge du procès ne révèle aucune qualification erronée de la preuve. Avec égards, il est inexact de dire que la juge du procès se fonde sur l'existence d'un projet de vol qualifié pour inférer que M. Sinclair se trouvait sur le lieu du crime. En effet, ses motifs ne permettent pas de conclure qu'elle *retient* la thèse du ministère public d'un projet de vol qualifié auquel aurait participé M. Sinclair. La juge renvoie seulement à ce projet *en tant qu'élément de la thèse du ministère public* (par. 21) :

[TRADUCTION] Quant à M. Sinclair, aucune preuve génétique n'établit qu'il se trouvait sur le lieu du crime. La preuve à cet égard est circonstancielle. Le ministère public soutient que la preuve circonstancielle établit hors de tout doute raisonnable la présence de M. Sinclair sur le lieu du crime et sa participation à l'agression illégale de M. Lecours. Le ministère public renvoie à la preuve selon laquelle, avant l'agression, M. Pruden-Wilson, M. Sinclair et l'adolescent avaient projeté de sortir ensemble pour commettre un autre vol qualifié. Bien que personne ne les ait vus partir ensemble du 110 Kushner, ils se sont clairement absentés de la résidence durant un certain temps aux petites heures du matin. En outre, lorsque M. Sinclair y est revenu, il savait que

was on Sinclair’s jeans and hoodie. As well, Audy’s evidence was that Sinclair led their subsequent efforts to locate Pruden-Wilson, and Constable Tully testified that Audy and Sinclair were running (and arrested) in the area where Pruden-Wilson was in the snow, bleeding. I am satisfied that the only rational inference to be drawn from all of this evidence is that Sinclair and Pruden-Wilson were together throughout and that Sinclair was at the scene. [Emphasis added.]

[51] Although I concede that this passage from the trial judge’s reasons could have been better written, it is not ambiguous. Read in context, it does not support a conclusion that the trial judge mistook the Crown’s theory about a planned robbery involving Mr. Sinclair for evidence. Rather, she stated clearly that she inferred that Mr. Sinclair was at the crime scene despite the fact that there was no evidence, such as the simultaneous departure of the three young men, confirming the existence of a plan. In my opinion, the trial judge’s reasons thus indicate that she was satisfied beyond a reasonable doubt — regardless of whether the Crown had made out its case with respect to the planned robbery — that Mr. Sinclair was at the crime scene. In the first part of the paragraph quoted above, the trial judge presented some of the Crown’s submissions, while in the second part, she explained how she reached the conclusion that Mr. Sinclair was at the crime scene. The Court of Appeal was not justified in turning the trial judge’s description of a part of the Crown’s theory into an acceptance of its evidentiary foundation.

[52] I wish to emphasize the fact that the Court of Appeal did not find that the impugned error was explicit in the trial judge’s reasons. Indeed, Hamilton and Freedman J.J.A. referred to her “apparent acceptance . . . that there was evidence of Sinclair, Pruden-Wilson and the young person planning to go . . . commit another robbery” (para. 61 (emphasis added)). In the absence of an explicit acceptance by the trial judge, the Court of Appeal appears to have “inferred” that her explanation of the basis for her inference was flawed. As a result, the Court of Appeal’s decision to order a new trial

M. Pruden-Wilson avait été poignardé. Selon le rapport médico-légal, du sang de M. Pruden-Wilson se trouvait sur le jeans et le blouson à capuchon de M. Sinclair. De plus, le témoignage de M. Audy révèle que M. Sinclair a mené leurs recherches subséquentes pour trouver M. Pruden-Wilson, et l’agent Tully a témoigné que MM. Audy et Sinclair couraient (et ont été arrêtés) à l’endroit où se trouvait M. Pruden-Wilson, qui gisait dans la neige, ensanglanté. Je suis convaincue que la seule inférence logique susceptible d’être tirée de tous ces éléments de preuve est que MM. Sinclair et Pruden-Wilson sont toujours demeurés ensemble et que M. Sinclair était sur le lieu du crime. [Je souligne.]

[51] Ce passage des motifs de la juge aurait certes pu être mieux rédigé, mais il demeure sans équivoque. Dans son contexte, il ne permet pas de conclure que la juge assimile à tort à une preuve la thèse du ministère public qu’un projet de commettre un vol qualifié auquel aurait participé M. Sinclair avait été formé. En fait, elle dit clairement inférer que M. Sinclair était sur le lieu du crime même si aucun élément, tel le départ simultané des trois jeunes hommes, ne prouve l’existence du projet. À mon sens, ses motifs révèlent donc sa conviction hors de tout doute raisonnable, indépendamment de la question de savoir si le ministère public a établi l’existence du projet de vol qualifié, que M. Sinclair se trouvait sur le lieu du crime. La juge expose certaines des prétentions du ministère public au début du paragraphe précité tandis qu’à la fin, elle explique ce qui l’amène à conclure que M. Sinclair était sur le lieu du crime. La Cour d’appel n’était pas fondée à confondre la mention d’un volet de la thèse du ministère public avec l’acceptation par la juge d’une preuve appuyant cet argument.

[52] Comme je tiens à le souligner, la Cour d’appel ne conclut pas que l’erreur reprochée à la juge du procès ressort nettement de ses motifs. D’ailleurs, les juges Hamilton et Freedman font état de [TRADUCTION] « l’apparente reconnaissance [par la juge du procès] [. . .] que des éléments prouvaient que M. Sinclair, M. Pruden-Wilson et l’adolescent avaient [planifié] commettre un autre vol qualifié » (par. 61 (je souligne)). Même en l’absence de toute reconnaissance explicite par la juge du procès, la Cour d’appel paraît « induire » que le fondement de son inférence était vicié. Par

in this case rests solely on this implicit, but “apparent”, mistake.

[53] When reasons are reviewed on appeal, silence should not be taken to mean acceptance (*R. v. O’Brien*, 2011 SCC 29, [2011] 2 S.C.R. 485, at para. 16). In my opinion, for an appellate court to decide to order a new trial on the basis of a miscarriage of justice resulting from a misapprehension of the evidence, more is needed than an “apparent” mistake (e.g., an error that the trial judge *may* have committed) in the reasons. A court of appeal should not, in applying the *Lohrer* test, order a new trial unless the trial judge has made a real error; its decision cannot be speculative. The plain language or the thrust of the reasons must disclose an actual mistake. When such errors are in fact committed, appellate courts have no difficulty in explaining why they caused the trial judge’s reasoning process to be fatally flawed and where they may be found in the reasons. In such situations, the errors are readily obvious.

[54] In *R. v. C.L.Y.*, 2008 SCC 2, [2008] 1 S.C.R. 5, Abella J. observed that in the oft-cited decision in *R. v. Morrissey* (1995), 97 C.C.C. (3d) 193 (Ont. C.A.), on which the *Lohrer* test is based, Doherty J.A. had rightly “caution[ed] appellate judges not to dissect, parse, or microscopically examine the reasons of a trial judge” (para. 11). With respect, the Court of Appeal’s reasoning in the case at bar, which my colleague Fish J. endorses, disregards this cautionary rule. The order for a new trial results from an overly critical reading of the trial judge’s reasons and is not faithful to the thrust of her reasoning. This is illustrated by the fact that neither the Court of Appeal nor Fish J. in this Court has been able to identify a point in the trial judge’s reasons at which she accepted the Crown’s theory that Mr. Sinclair was involved in a plan to commit a robbery, or to satisfactorily explain why this “misapprehension” was central to her reasoning process.

conséquent, la décision de la Cour d’appel d’ordonner un nouveau procès repose uniquement sur cette erreur implicite, mais « apparente ».

[53] Le tribunal d’appel qui examine les motifs d’un jugement de première instance ne doit pas assimiler le silence à propos d’un fait à une reconnaissance de l’existence de celui-ci (*R. c. O’Brien*, 2011 CSC 29, [2011] 2 R.C.S. 485, par. 16). À mon avis, une erreur « apparente » (p. ex., une erreur que le juge du procès a *peut-être* commise) ne suffit pas pour ordonner un nouveau procès au motif qu’une erreur judiciaire découle d’une interprétation erronée de la preuve. Lorsqu’il applique le critère de l’arrêt *Lohrer*, le tribunal d’appel ne doit ordonner un nouveau procès que si le juge du procès a commis une erreur véritable, et non une erreur hypothétique. Les motifs doivent clairement ou essentiellement révéler l’existence d’une erreur réelle. Lorsqu’une telle erreur est effectivement commise, la juridiction d’appel peut aisément expliquer pourquoi elle vicie fondamentalement le raisonnement du juge du procès et préciser où elle se trouve dans les motifs, car elle devient alors assez évidente.

[54] Dans *R. c. C.L.Y.*, 2008 CSC 2, [2008] 1 R.C.S. 5, la juge Abella fait remarquer que dans l’arrêt, maintes fois cité, *R. c. Morrissey* (1995), 97 C.C.C. (3d) 193 (C.A. Ont.), sur lequel repose le critère de l’arrêt *Lohrer*, le juge Doherty incite à juste titre « les juges d’appel [à] ne pas disséquer, décortiquer ni examiner à la loupe les motifs d’un juge de première instance » (par. 11). En toute déférence, le raisonnement de la Cour d’appel en l’espèce, auquel souscrit mon collègue le juge Fish, fait fi de cette mise en garde. La décision d’ordonner un nouveau procès découle d’une interprétation indûment sévère des motifs de la juge du procès et ne respecte pas l’essentiel de son raisonnement. D’ailleurs, ni la Cour d’appel ni le juge Fish ne sont capables, d’une part, de déterminer le passage où la juge du procès adhère à la thèse du ministère public d’un projet de vol qualifié auquel aurait participé M. Sinclair et, d’autre part, d’expliquer de manière convaincante en quoi cette « erreur d’interprétation » touche le cœur de son raisonnement.

[55] It is therefore my view that the trial judge did not infer that Mr. Sinclair was at the crime scene on the basis of the “evidence” referred to by the Crown concerning a planned robbery. It is clear from the plain language of her reasons that, after considering all the relevant evidence, including evidence that the individuals were all out of the residence at the time of the assault, that Mr. Sinclair reported that Mr. Pruden-Wilson had been stabbed shortly after it happened, and that Mr. Pruden-Wilson’s blood was found on Mr. Sinclair’s jeans and hoodie, she inferred from this that the three young men had been “together throughout” and that Mr. Sinclair had been at the crime scene.

[56] Even if I were prepared to accept, for the sake of the argument, that the trial judge agreed with the Crown’s theory that Mr. Sinclair had been involved in a plan to commit a robbery, it would nonetheless be my view that the misapprehension was not materially linked to the inference she drew with respect to Mr. Sinclair’s presence at the crime scene. For a misapprehension of evidence to be material within the meaning of the *Lohrer* test, it must go to a central element of the trial judge’s reasoning on which the conviction is based (*Lohrer*, at para. 2, *per* Binnie J.). As Binnie J. correctly stated in *Lohrer*, the standard described by Doherty J.A. in *Morrissey* is a stringent one (para. 2). In other words, an error in the assessment of the evidence will amount to a miscarriage of justice only if striking it from the judgment would leave the trial judge’s reasoning on which the conviction is based on unsteady ground.

[57] In the case at bar, striking the “error” would not have this effect. In light of the circumstantial evidence the trial judge accepted, it cannot seriously be doubted that she would nonetheless have found that Mr. Sinclair was at the crime scene at the time of the assault on Mr. Lecours. In my opinion, if the trial judge could in fact be assumed to have accepted the “evidence” of a plan to commit a robbery, that acceptance would clearly have been incidental to her finding that Mr. Sinclair was at the crime scene. How little importance she

[55] Je suis donc d’avis que la juge du procès ne conclut pas à la présence de M. Sinclair sur le lieu du crime à partir de la « preuve » invoquée par le ministère public concernant un projet de vol qualifié. Il ressort du sens ordinaire de ses motifs qu’après examen de l’ensemble de la preuve pertinente, notamment des éléments de preuve établissant que les individus en cause étaient tous absents de la résidence au moment de l’agression, que M. Sinclair avait signalé, peu après celle-ci, que M. Pruden-Wilson avait été poignardé, et que du sang de M. Pruden-Wilson a été prélevé sur le jeans et le blouson à capuchon de M. Sinclair, la juge infère que les trois jeunes hommes sont [TRADUCTION] « toujours demeurés ensemble » et que M. Sinclair se trouvait sur le lieu du crime.

[56] Même si j’avais été prêt à admettre, aux fins du débat, que la juge du procès retient la thèse du ministère public d’un projet de vol qualifié auquel aurait participé M. Sinclair, j’aurais tout de même estimé qu’il n’existe aucun lien important entre l’interprétation erronée et l’inférence tirée par la juge au sujet de la présence de M. Sinclair sur le lieu du crime. Pour qu’une erreur d’interprétation de la preuve atteigne l’importance exigée par le critère de l’arrêt *Lohrer*, elle doit toucher un élément clé du raisonnement dont est issue la déclaration de culpabilité (*Lohrer*, par. 2, le juge Binnie). Comme l’affirme avec justesse le juge Binnie dans cet arrêt, la norme établie par le juge Doherty dans *Morrissey* est stricte (par. 2). Autrement dit, une erreur d’appréciation de la preuve n’est assimilable à une erreur judiciaire que lorsque son élimination du jugement saperait l’assise du raisonnement dont découle la déclaration de culpabilité.

[57] En l’espèce, la suppression de l’« erreur » n’aurait pas cet effet. La preuve circonstancielle admise au procès ne permet pas de douter sérieusement que la juge aurait néanmoins conclu que M. Sinclair se trouvait sur le lieu du crime lors de l’agression de M. Lecours. À mon sens, si l’on pouvait en fait supposer que la juge du procès a reconnu la « preuve » d’un projet de vol qualifié, cette reconnaissance serait manifestement accessoire à sa conclusion selon laquelle M. Sinclair se trouvait sur le lieu du crime. Le peu d’importance

attached to the alleged plan to commit a robbery should also come as no surprise: Mr. Sinclair was charged with manslaughter, not with conspiracy to commit robbery. Although evidence of such a plan would likely have strengthened the inference that Mr. Sinclair and Mr. Pruden-Wilson had been “together throughout”, it did not need to be central to the trial judge’s reasoning, because it was not an element of the Crown’s burden.

[58] In his reasons, Fish J. downplays the persuasiveness of the evidence on which the trial judge based the verdict by referring to it as “apparently incriminating circumstantial evidence” (para. 8). In this respect, the fact that Mr. Sinclair reported that Mr. Pruden-Wilson had been stabbed only minutes after it happened and the fact that his clothes were stained with Mr. Pruden-Wilson’s blood are undisputed pieces of evidence that are more than “apparently incriminating”. Furthermore, my colleague’s interpretation of the weight of this circumstantial evidence does not accord with the trial judge’s reasoning. It is important to reflect upon the meaning of the position he has adopted.

[59] In essence, Fish J. suggests that the reasoning process that led the trial judge to convict Mr. Sinclair was dependent upon the “evidence” of a planned robbery. He thus endorses the Court of Appeal’s position that “[i]t cannot be stated with confidence that, had she not mischaracterized the evidence, she would have found as she did” (para. 97). In my respectful view, not only does this position exaggerate the importance of the trial judge’s reference to this planned robbery, but it suggests, erroneously, that had the trial judge not misapprehended the evidence in this regard, she could plausibly have had a reasonable doubt about Mr. Sinclair’s presence at the crime scene.

[60] This implies that the trial judge might have been inclined to conclude that Mr. Lecours was brutally attacked by three men, including a mysterious

accordé au projet de vol qualifié allégué n’est pas non plus surprenant : M. Sinclair était inculpé d’homicide involontaire coupable, et non de complot en vue de commettre un vol qualifié. La preuve d’un tel projet aurait sans doute affermi l’inférence que MM. Sinclair et Pruden-Wilson étaient [TRADUCTION] « toujours demeurés ensemble », mais elle n’avait pas à viser un élément clé du raisonnement de la juge du procès car elle ne portait pas sur un fait qu’il incombait au ministère public de prouver.

[58] Dans ses motifs, le juge Fish minimise le caractère convaincant de la preuve sur laquelle la juge du procès fonde le verdict en la qualifiant de « preuve circonstancielle apparemment incriminant[e] » (par. 8). À cet égard, le fait que M. Sinclair a signalé, quelques minutes seulement après l’incident, que M. Pruden-Wilson avait été poignardé, et la présence sur ses vêtements du sang de M. Pruden-Wilson constituent des éléments de preuve non contestés qui sont plus qu’« apparemment incriminants ». En outre, la minimisation de l’importance de la preuve circonstancielle par le juge Fish ne respecte pas la teneur du raisonnement de la juge du procès. Il importe alors de s’interroger davantage sur la signification du point de vue qu’adopte mon collègue.

[59] Le juge Fish affirme essentiellement que le raisonnement qui amène la juge du procès à déclarer M. Sinclair coupable repose sur la « preuve » d’un projet de vol qualifié. Il convient donc avec la Cour d’appel qu’[TRADUCTION] « [o]n ne saurait dire avec certitude que la juge aurait tiré la même conclusion si elle n’avait pas mal qualifié la preuve » (par. 97). En toute déférence, j’estime que cet argument non seulement surestime l’importance du renvoi à ce projet de vol qualifié, mais aussi laisse entendre à tort que si elle n’avait pas mal interprété la preuve à cet égard, la juge aurait vraisemblablement pu entretenir un doute raisonnable quant à la présence de M. Sinclair sur le lieu du crime.

[60] Un tel argument suppose que la juge du procès aurait pu conclure que M. Lecours a été agressé sauvagement par trois hommes, y compris

individual whose identity remains unknown to this day, and that, for his part, Mr. Sinclair simply happened to fortuitously come across his wounded friend in the minutes following the attack. I have difficulty understanding how she could logically have been inclined to reach such a conclusion. It is even more difficult to understand how that might be if the evidence of Mr. Sinclair's presence at the crime scene is considered in conjunction with the evidence on which the trial judge relied to infer that he had participated in the assault. In this respect, the evidence accepted by the trial judge shows

- that Emilia Rzedzian, who was found to be a credible witness, observed three young males kicking the victim (paras. 15 and 22);
- that a knife was found at the scene and Mr. Pruden-Wilson's blood was found on its blade (para. 19);
- that Mr. Sinclair's jeans had cuts in them, as did Mr. Pruden-Wilson's (paras. 20-22); and
- that the police photos show lacerations on Mr. Sinclair's legs in the approximate areas of the cuts (para. 22).

[61] Ultimately, I agree with the Crown that the conclusion that "some other unknown third male, also wearing light coloured clothing, took part in the attack on the deceased, only to then disappear just as [Mr. Sinclair] suddenly appeared in an isolated and out-of-the-way field to assist Pruden-Wilson while also somehow coincidentally acquiring cuts on his clothes and legs similar to those suffered by the other assailants, is utterly speculative and improbable" (A.F., at para. 67). Nothing in the trial judge's reasons suggests that she might have been inclined to come to such an illogical conclusion if she had expressly rejected the Crown's theory about the evidence of a planned robbery. The contrary is much more consistent with her actual words. She wrote that the only "rational inference" that could be drawn was that Mr. Sinclair was at the crime scene, which implies

un inconnu dont on ignore toujours l'identité, et que M. Sinclair a simplement croisé son ami blessé par hasard dans les minutes qui ont suivi l'agression. J'ai du mal à comprendre comment la juge aurait pu logiquement arriver à pareille conclusion. Il est encore plus difficile d'envisager cette possibilité lorsque la preuve de la présence de M. Sinclair sur le lieu du crime est considérée de pair avec celle sur laquelle se fonde la juge pour conclure qu'il a pris part à l'agression. À cet égard, la preuve admise au procès établit les faits suivants :

- Emilia Rzedzian, dont le témoignage a été jugé digne de foi, a vu trois jeunes hommes donner des coups de pied à la victime (par. 15 et 22);
- un couteau a été trouvé sur les lieux et on a prélevé sur sa lame du sang de M. Pruden-Wilson (par. 19);
- on a constaté des coupures sur le jeans de M. Sinclair de même que sur celui de M. Pruden-Wilson (par. 20-22);
- les photos prises par la police montrent des lacérations aux jambes de M. Sinclair qui correspondent à peu près à l'emplacement des coupures (par. 22).

[61] En définitive, le ministère public a raison lorsqu'il plaide que la conclusion selon laquelle [TRADUCTION] « un tiers inconnu, portant lui aussi des vêtements de couleur pâle, a pris part à l'agression du défunt pour ensuite disparaître au moment même où [M. Sinclair] apparaissait soudain dans un champ à l'écart pour venir en aide à M. Pruden-Wilson tout en présentant, par coïncidence en quelque sorte, des coupures à ses vêtements et des lacérations à ses jambes semblables à celles constatées chez les autres agresseurs, est tout à fait hypothétique et improbable » (m.a., par. 67). Les motifs de la juge du procès n'incitent nullement à croire qu'elle aurait pu arriver à une conclusion aussi illogique si elle avait rejeté expressément la thèse du ministère public d'un projet de vol qualifié, bien au contraire. D'ailleurs, la juge affirme que la présence de M. Sinclair sur le lieu du crime constitue

that it would be irrational to conclude that he was not there.

[62] From a factual standpoint, there were only two possible conclusions in this case: either Mr. Sinclair was present at the crime scene and, on the basis of the evidence accepted by the trial judge, he was one of the assailants, or he was somewhere else at the time of the assault. In light of both the language and the structure of her reasons for judgment, I am persuaded that the trial judge found the circumstantial evidence to be seriously incriminating for Mr. Sinclair. In my view, her reasoning process was not disturbed by the question of the planned robbery to the extent my colleague Fish J. suggests. Therefore, even assuming that she did misapprehend the evidence concerning the existence of a plan to commit a robbery, the error would not have been material within the meaning of the *Lohrer* test. The contention that an explicit acknowledgement of the absence of evidence in this regard could have raised a reasonable doubt in the trial judge's mind about Mr. Sinclair's presence at the crime scene is inconsistent with the reasoning that led her to convict him.

[63] For all these reasons, I would allow the appeal and restore the respondent's conviction.

The following are the reasons delivered by

CHARRON J. —

1. Introduction

[64] Following his trial by a judge sitting without a jury, the respondent, Terrence Sinclair, was convicted of manslaughter (2007 MBQB 219, 219 Man. R. (2d) 63). The conviction was based on the trial judge's finding that Mr. Sinclair had participated, together with his co-accused and a youth, in the assault that resulted in the victim's death.

[65] On appeal to the Manitoba Court of Appeal, Mr. Sinclair challenged his conviction as

la seule [TRADUCTION] « inférence logique » possible, donnant ainsi à entendre qu'il serait illogique de conclure à l'absence de l'intéressé.

[62] Du point de vue factuel, deux conclusions seulement sont possibles en l'espèce : ou bien M. Sinclair se trouvait sur le lieu du crime et, suivant la preuve admise au procès, faisait partie des agresseurs, ou bien il se trouvait ailleurs au moment de l'agression. À la lumière du texte et de la structure de ses motifs, je suis convaincu que la juge du procès a trouvé la preuve circonstancielle fort incriminante vis-à-vis de M. Sinclair. J'estime que la thèse du projet de vol qualifié n'a pas eu sur son raisonnement l'influence que lui attribue le juge Fish. Par conséquent, à supposer même qu'elle ait vraiment mal interprété la preuve relative à un projet de vol qualifié, cette erreur n'aurait pas atteint le degré d'importance requis par le critère de l'arrêt *Lohrer*. La prétention selon laquelle une reconnaissance explicite de l'absence de preuve sur ce point aurait pu susciter un doute raisonnable chez la juge du procès au sujet de la présence de M. Sinclair sur le lieu du crime est incompatible avec le raisonnement à l'issue duquel la juge prononce la déclaration de culpabilité.

[63] Pour tous les motifs qui précèdent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de rétablir la déclaration de culpabilité visant l'intimé.

Version française des motifs rendus par

LA JUGE CHARRON —

1. Introduction

[64] L'intimé, Terrence Sinclair, a été déclaré coupable d'homicide involontaire coupable à l'issue d'un procès devant juge seul (2007 MBQB 219, 219 Man. R. (2d) 63). La déclaration de culpabilité repose sur la conclusion de la juge du procès selon laquelle M. Sinclair a participé, de concert avec son coaccusé et un adolescent, à l'agression qui a causé la mort de la victime.

[65] Devant la Cour d'appel du Manitoba, M. Sinclair a contesté sa déclaration de culpabilité au

unreasonable. The Court of Appeal held that the trial judge mischaracterized or misapprehended the evidence by inferring both that Mr. Sinclair had planned to go out with his co-accused and the youth to commit a robbery, and that they were out together at the time the fateful assault was committed. In its view, these inferences were based, at least in part, on “evidence” of those facts when there was no such evidence. The court further held that these were not peripheral matters. In its view, “the substratum of findings on which to a material extent the verdict rests is not present” (2009 MBCA 71, 240 Man. R. (2d) 135, at para. 98). Thus, purportedly on the authority of this Court’s decision in *R. v. Beaudry*, 2007 SCC 5, [2007] 1 S.C.R. 190, the court concluded that the verdict was unreasonable and, as there was evidence capable of supporting a conviction, ordered a new trial.

[66] The Crown appeals with leave of this Court and raises two issues. First, the Crown asks this Court to clarify the test for unreasonable verdicts under s. 686(1)(a)(i) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, set out in *Beaudry*. In *Beaudry*, the Court was divided five-four in favour of adopting an expansion of the traditional test for unreasonable verdicts, but then split differently on the application of the proposed test. This division led to some uncertainty about the governing test. Second, the Crown argues that none of the subparagraphs of s. 686(1)(a) provides a basis for overturning the verdict in this case. As there was no error of law, miscarriage of justice or unreasonable verdict, the Crown submits that the Manitoba Court of Appeal erred in ordering a new trial and asks that the conviction be restored.

[67] I have had the benefit of reading the reasons of LeBel J. and Fish J. On the first issue, I agree with much of Fish J.’s reasons on the import of this Court’s decision in *Beaudry* regarding the test for unreasonable verdicts under s. 686(1)(a)(i). In particular, I agree that *Beaudry* does not change any

motif qu’elle était déraisonnable. La Cour d’appel conclut que la juge du procès a mal qualifié ou mal interprété la preuve en inférant, d’une part, que M. Sinclair avait projeté de sortir avec son coaccusé et l’adolescent pour aller commettre un vol qualifié et, d’autre part, qu’ils avaient été ensemble à l’extérieur de la résidence au moment de l’agression funeste. À son avis, ces inférences reposent, du moins en partie, sur une « preuve » inexistante et elles ne portent pas sur des éléments secondaires. Selon elle, [TRADUCTION] « il n’y a pas de fondement aux conclusions sur lesquelles repose en grande partie le verdict » (2009 MBCA 71, 240 Man. R. (2d) 135, par. 98). La Cour d’appel conclut donc, en disant s’appuyer sur l’arrêt *R. c. Beaudry*, 2007 CSC 5, [2007] 1 R.C.S. 190, que le verdict est déraisonnable, et elle ordonne un nouveau procès puisque la preuve est susceptible d’appuyer une déclaration de culpabilité.

[66] Le ministère public interjette appel avec l’autorisation de la Cour et soulève deux questions. Premièrement, il demande à la Cour de clarifier le critère énoncé dans *Beaudry* aux fins de déterminer qu’un verdict est déraisonnable ou non au sens du sous-al. 686(1)(a)(i) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46. Dans cet arrêt, la Cour se prononce à cinq voix contre quatre en faveur de l’élargissement du critère traditionnellement applicable en la matière, mais les avis se répartissent différemment en ce qui concerne l’application du critère proposé, une division qui rend quelque peu incertain le critère applicable. Deuxièmement, le ministère public fait valoir qu’aucun des sous-alinéas de l’al. 686(1)(a) ne saurait fonder l’annulation du verdict. Vu l’inexistence en l’espèce d’une erreur de droit, d’une erreur judiciaire ou d’un verdict déraisonnable, le ministère public soutient que la Cour d’appel a eu tort d’ordonner un nouveau procès, et il sollicite le rétablissement de la déclaration de culpabilité.

[67] J’ai pris connaissance des motifs du juge LeBel et de ceux du juge Fish. En ce qui a trait à la première question, je souscris en grande partie à l’opinion du juge Fish concernant l’incidence de l’arrêt *Beaudry* sur le critère qui permet de déterminer qu’un verdict est déraisonnable au sens

of the existing tests for appellate review under s. 686(1)(a). As Fish J. states:

Nothing in *Beaudry* should be taken as a departure from the well-established principles of appellate review set out in *R. v. Yebe*s, [1987] 2 S.C.R. 168, and *R. v. Biniaris*, 2000 SCC 15, [2000] 1 S.C.R. 381. [para. 4]

... Nor does *Beaudry* govern trial court decisions that are rendered inscrutable by an absence of sufficient reasons, as in *R. v. Sheppard*, 2002 SCC 26, [2002] 1 S.C.R. 869. [para. 3]

[68] Further, nothing in *Beaudry* should be taken as a departure from the test established in *R. v. Lohrer*, 2004 SCC 80, [2004] 3 S.C.R. 732. Thus, in this appeal, I agree with Fish J. that “the Court of Appeal, to the extent that it appears in some measure to have done so, should not have rested its judgment in this case on *Beaudry*” (para. 5). As he explains, “[w]hile a misapprehension of the evidence may help to establish that a verdict is unreasonable within the meaning of *Yebe*s and *Biniaris*, *Beaudry* does not govern an error of this sort” (para. 14). If the trial judge had indeed misapprehended the evidence as contended by the Court of Appeal, Fish J. rightly states that this kind of error would fall squarely within *Lohrer*. However, I agree with LeBel J. that the Court of Appeal erred in finding that the trial judge made an error that met the standard set out in *Lohrer*. I would therefore allow the appeal and reinstate Mr. Sinclair’s conviction for the reasons of LeBel J.

[69] While none of the existing tests have been changed, the approach adopted by the majority in *Beaudry*, and reiterated in this appeal, did effect an expansion of the test for unreasonableness under s. 686(1)(a)(i). Under the traditional *Yebe*s/*Biniaris* test, the reasonableness of the verdict is to be measured against the totality of the evidence adduced at trial (*R. v. Yebe*s, [1987] 2 S.C.R. 168; *R. v. Biniaris*, 2000 SCC 15, [2000] 1 S.C.R. 381). This test continues to apply. However, where the verdict under review is that of a trial judge without a jury, the reasonableness of the verdict may also be assessed,

du sous-al. 686(1)a)(i). Plus particulièrement, je conviens que *Beaudry* ne modifie aucun des critères applicables pour le contrôle en appel fondé sur l’al. 686(1)a). Comme le mentionne le juge Fish :

L’arrêt *Beaudry* ne modifie en rien les principes bien établis du contrôle en appel énoncés dans *R. c. Yebe*s, [1987] 2 R.C.S. 168, et *R. c. Biniaris*, 2000 CSC 15, [2000] 1 R.C.S. 381. [par. 4]

... L’arrêt *Beaudry* ne s’applique pas non plus à la décision de première instance qui est inintelligible à cause de motifs insuffisants, comme celle contestée dans l’arrêt *R. c. Sheppard*, 2002 CSC 26, [2002] 1 R.C.S. 869. [par. 3]

[68] Qui plus est, l’arrêt *Beaudry* ne modifie pas non plus le critère établi dans *R. c. Lohrer*, 2004 CSC 80, [2004] 3 R.C.S. 732. Je conviens donc avec le juge Fish que, « dans la mesure où elle paraît l’avoir fait jusqu’à un certain point, la Cour d’appel n’aurait pas dû, en l’espèce, fonder son jugement sur l’arrêt *Beaudry* » (par. 5). Comme il l’explique, « [m]ême si l’interprétation erronée de la preuve peut permettre d’établir le caractère déraisonnable d’un verdict au sens des arrêts *Yebe*s et *Biniaris*, l’arrêt *Beaudry* ne vise pas l’erreur de ce type » (par. 14). Si, comme le soutient la Cour d’appel, la juge du procès a effectivement mal interprété la preuve, le juge Fish affirme à bon droit qu’une erreur de ce genre relève nettement de l’arrêt *Lohrer*. Par contre, je conviens avec le juge LeBel que la Cour d’appel a tort de conclure que la juge du procès a commis une erreur qui satisfait à la norme établie dans l’arrêt *Lohrer*. Je suis donc d’avis d’accueillir le pourvoi et de rétablir la déclaration de culpabilité de M. Sinclair pour les motifs énoncés par le juge LeBel.

[69] Même si *Beaudry* ne modifie aucun des critères établis antérieurement, la méthode d’interprétation retenue par les juges majoritaires, et reprise en l’espèce, a bel et bien eu pour effet d’élargir le critère permettant de conclure au caractère déraisonnable du verdict au sens du sous-al. 686(1)a)(i). Suivant le critère traditionnel établi dans les arrêts *Yebe*s et *Biniaris* et qui demeure applicable, il faut évaluer le caractère raisonnable du verdict au regard de l’ensemble de la preuve offerte au procès (*R. c. Yebe*s, [1987] 2 R.C.S. 168; *R. c. Biniaris*, 2000 CSC 15, [2000] 1 R.C.S. 381). Toutefois, lorsque

as Fish J. puts it, “by scrutinizing the logic of the judge’s *findings of fact or inferences drawn from the evidence admitted at trial*” (para. 15 (emphasis in original)). Explaining how this added dimension of the reasonableness test should be applied on appellate review is somewhat more difficult. This is where I depart from Fish J.’s analysis.

[70] As I read his reasons, Fish J. explains how this expanded approach may play out by describing the kind of errors in the appreciation of the evidence or in the fact-finding process that may result in a verdict which would properly be treated as unreasonable. See in particular paras. 16 and 19-21. There may well be a logical connection between certain mistakes with respect to the substance of the evidence and the reasonableness of the verdict. However, with great respect, I find my colleague’s “reasoning-based approach”, if I may describe it that way, unhelpful. Reviewing courts would have to make rather fine distinctions between different types of mistakes in order to identify the applicable test. This distinction is especially hard to make because the fact-finding process is difficult to articulate with precision. For example, at what point is the trial judge making a finding of fact “that is . . . plainly contradicted by the evidence relied on for that purpose by the judge” (reasons of Fish J., at para. 16), rather than a “mistak[e] as to the substance of material parts of the evidence” (*Lohrer*, at para. 1, citing *R. v. Morrissey* (1995), 97 C.C.C. (3d) 193 (Ont. C.A.), at p. 221)? What, really, is the difference between a “mistak[e] as to the substance of . . . the evidence” (*Lohrer*) and a finding that is “demonstrably incompatible with evidence that is not otherwise contradicted or rejected by the trial judge” (reasons of Fish J., at para. 16)?

[71] This appeal exemplifies the difficulty. As Fish J. himself concludes, the impact on the verdict of errors in the trial judge’s assessment of the evidence and reasoning process of the kind identified

le verdict contesté est celui d’un juge siégeant seul, on peut aussi en évaluer le caractère raisonnable « en s’attachant à la logique *des conclusions de fait ou des inférences tirées de la preuve admise au procès* », pour reprendre les termes employés par le juge Fish (par. 15 (en italique dans l’original)). Il est cependant plus difficile d’expliquer de quelle manière ce volet supplémentaire du critère de la raisonabilité doit s’appliquer lors du contrôle en appel. C’est sur ce point que je suis en désaccord avec l’analyse du juge Fish.

[70] Si je comprends bien ses motifs, le juge Fish explique comment peut intervenir ce critère élargi en décrivant les différentes erreurs d’appréciation de la preuve ou de constatation des faits qui sont susceptibles de déboucher sur un verdict tenu à juste titre pour déraisonnable. Voir notamment les par. 16 et 19-21. Il peut fort bien exister un lien logique entre certaines erreurs touchant à l’essence de la preuve et au caractère raisonnable du verdict. Or, malgré tout le respect que je dois à mon collègue, j’estime que son « analyse axée sur le raisonnement », si je puis l’appeler ainsi, n’est guère utile, car elle oblige le tribunal d’appel à faire des distinctions plutôt subtiles entre les différents types d’erreur pour cerner le critère à appliquer. L’établissement de telles distinctions se révèle particulièrement ardu en ce qu’il est difficile de définir avec précision le processus de constatation des faits. Par exemple, dans quel cas le juge du procès tire-t-il une conclusion de fait « qui est clairement contredite par la preuve qu’il invoque à l’appui » (motifs du juge Fish, par. 16) au lieu de commettre une « erreur quant à l’essence d’un élément de preuve important » (*Lohrer*, par. 1, citant *R. c. Morrissey* (1995), 97 C.C.C. (3d) 193 (C.A. Ont.), p. 221)? Quelle est en vérité la différence entre une « erreur quant à l’essence [de la] preuve » (*Lohrer*) et une conclusion « dont on peut démontrer qu’elle est incompatible avec une preuve qui n’est ni contredite par d’autres éléments de preuve ni rejetée par le juge [du procès] » (motifs du juge Fish, par. 16)?

[71] La présente affaire montre bien la difficulté. Comme le conclut lui-même le juge Fish, il convient d’évaluer l’incidence sur le verdict des erreurs — du type considéré par la Cour d’appel — commises

by the Court of Appeal was to be assessed, not by asking whether the verdict was unreasonable, but by asking whether it resulted in a miscarriage of justice within the meaning of s. 686(1)(a)(iii).

[72] In my respectful view, the scope of the test for unreasonableness under s. 686(1)(a)(i), as expanded in *Beaudry*, is better understood if the focus remains on the *conclusion* reached at trial, rather than on the trial judge's appreciation of the evidence or the reasoning process that led to the verdict. As I will explain, a verdict-focussed approach is more consistent with the wording of the provision, the legislative context and history, and the established jurisprudence. It also avoids any unnecessary blurring of the line between unreasonable verdicts under s. 686(1)(a)(i) and misapprehensions of evidence resulting in a miscarriage of justice under s. 686(1)(a)(iii).

2. Analysis

[73] The question that occupies us is one of statutory interpretation. A proper understanding of the scope of s. 686(1)(a)(i) requires that this power of appellate intervention be considered in context, according to its grammatical and ordinary sense, harmoniously with the scheme and object of the Act, and with the intention of Parliament. I start with the statutory context.

[74] In s. 686 of the *Criminal Code*, Parliament has provided a complete set of appellate powers to address both procedural and substantive errors that may take place during a trial. The provision at issue here is s. 686(1)(a)(i), which I refer to at times in brief form as the "unreasonable verdict" ground. The unreasonable verdict ground is one of the three grounds of appellate intervention on an appeal against conviction which are set out in s. 686(1)(a). The three grounds are the following:

686. (1) On the hearing of an appeal against a conviction or against a verdict that the appellant is unfit to stand trial or not criminally responsible on account of mental disorder, the court of appeal

par le juge du procès dans l'appréciation de la preuve et dans son raisonnement non pas en se demandant si le verdict est déraisonnable, mais bien s'il emporte une erreur judiciaire au sens du sous-al. 686(1)(a)(iii).

[72] À mon humble avis, on saisit mieux la portée du critère permettant de conclure au caractère déraisonnable du verdict aux fins du sous-al. 686(1)(a)(i) — critère élargi dans *Beaudry* — si l'on fait porter l'examen sur la *conclusion* tirée à l'issue du procès plutôt que sur l'appréciation de la preuve par le juge du procès ou sur le raisonnement à l'origine de son verdict. Comme je l'explique ci-après, s'attacher au verdict accroît la compatibilité avec le texte de la disposition, son contexte et son historique, ainsi que la jurisprudence. Cette démarche permet aussi d'éviter de brouiller inutilement la ligne de démarcation entre le verdict déraisonnable au sens du sous-al. 686(1)(a)(i) et l'interprétation erronée de la preuve emportant erreur judiciaire au sens du sous-al. 686(1)(a)(iii).

2. Analyse

[73] Nous sommes appelés à trancher une question d'interprétation législative. Bien déterminer la portée du sous-al. 686(1)(a)(i) exige que l'on examine dans son contexte le pouvoir de réformation en appel que confère cette disposition selon le sens grammatical et ordinaire qui s'harmonise avec l'esprit et l'objet de la loi et l'intention du législateur. Je commence par le contexte législatif.

[74] Le législateur prévoit à l'art. 686 du *Code criminel* une gamme complète de pouvoirs en matière d'appel pour corriger tant l'erreur de procédure que l'erreur de fond commises lors du procès. La disposition visée en l'espèce est le sous-al. 686(1)(a)(i), auquel je renvoie parfois lapidairement en parlant du moyen du « verdict déraisonnable ». Le verdict déraisonnable est l'un des trois motifs prévus à l'al. 686(1)(a) pour écarter une déclaration de culpabilité en appel. Voici les trois moyens :

686. (1) Lors de l'audition d'un appel d'une déclaration de culpabilité ou d'un verdict d'inaptitude à subir son procès ou de non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux, la cour d'appel :

(a) may allow the appeal where it is of the opinion that

(i) the verdict should be set aside on the ground that it is unreasonable or cannot be supported by the evidence,

(ii) the judgment of the trial court should be set aside on the ground of a wrong decision on a question of law, or

(iii) on any ground there was a miscarriage of justice;

[75] The power to intervene with the judgment of the trial court on the ground of a wrong decision on a question of law under s. 686(1)(a)(ii) is qualified by the terms of s. 686(1)(b)(iii):

(b) [the Court of Appeal] may dismiss the appeal where

. . .

(iii) notwithstanding that the court is of the opinion that on any ground mentioned in subparagraph (a)(ii) the appeal might be decided in favour of the appellant, it is of the opinion that no substantial wrong or miscarriage of justice has occurred . . .

Notably, this provision, commonly referred to as the curative proviso, does not apply to unreasonable verdicts under s. 686(1)(a)(i).

[76] Read together, it is apparent that the three grounds allowing an appellate court to overturn a conviction share a common purpose. Doherty J.A. usefully described the underlying rationale in *Morrissey*, as follows (at p. 219):

While s. 686(1)(a) provides three distinct bases upon which [an appellate court] may quash a conviction, each shares the same underlying rationale. A conviction which is the product of a miscarriage of justice cannot stand. Section 686(1)(a)(i) is concerned with the most obvious example of a miscarriage of justice, a conviction which no reasonable trier of fact properly instructed could have returned on the evidence adduced at trial. Section 686(1)(a)(ii) read along with s. 686(1)(b)(iii) presumes that an error in law produces a miscarriage of justice unless the Crown can demonstrate the

a) peut admettre l'appel, si elle est d'avis, selon le cas :

(i) que le verdict devrait être rejeté pour le motif qu'il est déraisonnable ou ne peut pas s'appuyer sur la preuve,

(ii) que le jugement du tribunal de première instance devrait être écarté pour le motif qu'il constitue une décision erronée sur une question de droit,

(iii) que, pour un motif quelconque, il y a eu erreur judiciaire;

[75] Prévu au sous-al. 686(1)a(ii), le pouvoir de modifier le jugement de première instance pour le motif qu'il constitue une décision erronée sur une question de droit est atténué par le sous-al. 686(1)b(iii) :

b) [la cour d'appel] peut rejeter l'appel, dans l'un ou l'autre des cas suivants :

. . .

(iii) bien qu'elle estime que, pour un motif mentionné au sous-alinéa a)(ii), l'appel pourrait être décidé en faveur de l'appellant, elle est d'avis qu'aucun tort important ou aucune erreur judiciaire grave ne s'est produit,

Il importe de signaler que cette disposition, communément qualifiée de réparatrice, ne s'applique pas au verdict qui est déraisonnable au sens du sous-al. 686(1)a(i).

[76] Considérés ensemble, les trois moyens qui permettent à une cour d'appel d'annuler une déclaration de culpabilité ont clairement le même objectif. Dans *Morrissey*, le juge Doherty précise bien leur raison d'être (p. 219) :

[TRADUCTION] Bien que l'al. 686(1)a) prévoie trois motifs distincts pour lesquels [une cour d'appel] peut annuler une déclaration de culpabilité, ces motifs ont tous la même raison d'être. Une déclaration de culpabilité découlant d'une erreur judiciaire ne saurait être maintenue. Le sous-alinéa 686(1)a)(i) vise l'erreur judiciaire la plus évidente : une déclaration de culpabilité qu'aucun juge des faits ayant reçu des directives adéquates n'aurait pu rendre au vu de la preuve offerte au procès. Considéré de pair avec le sous-al. 686(1)b)(iii), le sous-al. 686(1)a)(ii) présume qu'une erreur de droit

contrary with the requisite degree of certainty. Section 686(1)(a)(iii) addresses all other miscarriages of justice not caught by the two preceding subsections. [Emphasis added.]

[77] Of course, in describing the scope of the reasonableness test, Doherty J.A. is referring to the traditional *Yebes/Biniaris* test. I will return to this test later. However, as the wording makes plain, the focus under s. 686(1)(a)(i) is on the *conclusion* reached at trial. It provides that the *verdict* is set aside when *it* is unreasonable or cannot be supported by the evidence. In *Beaudry*, Fish J. expressed the view that the use of the disjunctive “or” in s. 686(1)(a)(i) was indicative of a “clear Parliamentary intention to differentiate between verdicts that cannot be supported by the evidence and verdicts that may properly be characterized as unreasonable *on some other ground*” (para. 89 (emphasis in original)). I agree that a verdict can be unreasonable even if it can be supported by the evidence. As I noted in *Beaudry*, the case of inconsistent verdicts is one obvious example (*R. v. Pittiman*, 2006 SCC 9, [2006] 1 S.C.R. 381, at para. 14, cited in *Beaudry*, at para. 57). The majority in *Beaudry* held further that a verdict may be unreasonable because of fundamental flaws in the reasoning process that led to it.

[78] However, in my view, the disjunctive “or” should not be read as indicative of Parliament’s intention to change the *focus* of the reasonableness analysis in judge-alone trials from the conclusion reached at trial to the reasoning process that led to it. As the intervener the Attorney General of Ontario rightly argues, such an interpretation does not accord with the legislative history of s. 686(1)(a) of the *Criminal Code*. The legislative history is succinctly summarized in its factum as follows (at para. 7):

In Canada, the power to overturn a conviction on the ground it is “unreasonable” or “cannot be supported by the evidence” has existed since 1923, and is modeled on s. 4 of England’s *Criminal Appeal Act*. Originally, the power was expressly limited in its application to jury verdicts. The 1955 [*sic*] amendments to the *Code* altered the phrase “verdict of the jury” to “the verdict”,

entraîne une erreur judiciaire, à moins que le ministère public ne puisse prouver le contraire avec la certitude requise. Le sous-alinéa 686(1)(a)(iii) vise les autres erreurs judiciaires qui ne relèvent pas des deux sous-alinéas précédents. [Je souligne.]

[77] Il va de soi que lorsqu’il définit la portée du critère du caractère raisonnable, le juge Doherty renvoie au critère traditionnel issu des arrêts *Yebes* et *Biniaris*, sur lequel je reviendrai. Toutefois, comme l’indique clairement son libellé, le sous-al. 686(1)(a)(i) s’attache à la *conclusion* tirée au procès. Il dispose que le *verdict* doit être rejeté lorsqu’il est déraisonnable ou qu’il ne peut s’appuyer sur la preuve. Dans *Beaudry*, le juge Fish se dit d’avis que l’emploi de la conjonction disjonctive « ou » au sous-al. 686(1)(a)(i) indique que « le législateur avait clairement l’intention d’établir une distinction entre les verdicts qui ne peuvent pas s’appuyer sur la preuve et ceux qui peuvent à juste titre être qualifiés de déraisonnables *pour un autre motif* » (par. 89 (en italique dans l’original)). Je reconnais qu’un verdict peut être déraisonnable même s’il peut s’appuyer sur la preuve. Comme je le signale dans *Beaudry*, les verdicts incompatibles en sont un bon exemple (*R. c. Pittiman*, 2006 CSC 9, [2006] 1 R.C.S. 381, par. 14, cité dans *Beaudry*, par. 57). En outre, dans *Beaudry*, les juges majoritaires concluent qu’un verdict peut être déraisonnable en raison des vices fondamentaux du raisonnement qui y mène.

[78] J’estime toutefois qu’il ne faut pas voir dans l’emploi de la conjonction disjonctive « ou » l’intention du législateur de faire en sorte que l’analyse du caractère raisonnable du verdict rendu par un juge seul s’attache non plus à la conclusion tirée à l’issue du procès, mais au raisonnement qui y mène. Comme le fait valoir à juste titre l’intervenant le procureur général de l’Ontario, pareille interprétation est incompatible avec l’historique de l’al. 686(1)(a) du *Code criminel*, qu’il résume succinctement au par. 7 de son mémoire :

[TRADUCTION] Au Canada, le pouvoir d’écarter une déclaration de culpabilité pour le motif qu’elle est « déraisonnable » ou qu’elle « ne peut pas s’appuyer sur la preuve » existe depuis 1923 et s’inspire de l’art. 4 de la *Criminal Appeal Act* d’Angleterre. Au départ, le pouvoir ne pouvait être exercé qu’à l’égard du verdict d’un jury. Les modifications apportées au *Code* en 1955 [*sic*]

thereby availing this ground to verdicts rendered in judge alone trials. Nothing suggests however that this amendment was intended to alter the purpose of this provision beyond ensuring the reasonableness of the conclusion reached. The “unreasonable verdict” provision has remained unchanged since 1955. [Emphasis deleted.]

Given this legislative history, it is clear that the phrases “unreasonable” and “cannot be supported by the evidence” both apply to a bare jury verdict as much as they do to a trial judge’s verdict. As such, Parliament’s use of the word “or” in s. 686(1)(a)(i) does not mandate a focus on the reasoning process that led to the verdict on appeals from a trial judge’s verdict. Indeed, when that provision is considered in its statutory context, and according to its grammatical and ordinary sense, it indicates that the appellate court’s focus should be on the *verdict*.

[79] Until this Court’s decision in *Beaudry*, the test for the application of the unreasonable verdict ground under s. 686(1)(a)(i) was settled. It involved an assessment of the reasonableness of the verdict when measured against the totality of the evidence adduced at trial. In *Yeves*, a case involving a jury, the Court stated the test as follows (at p. 186):

The function of the Court of Appeal, under s. 613(1)(a)(i) of the *Criminal Code*, goes beyond merely finding that there is evidence to support a conviction. The Court [of Appeal] must determine on the whole of the evidence whether the verdict is one that a properly instructed jury, acting judicially, could reasonably have rendered. While the Court of Appeal must not merely substitute its view for that of the jury, in order to apply the test the Court [of Appeal] must re-examine and to some extent reweigh and consider the effect of the evidence. This process will be the same whether the case is based on circumstantial or direct evidence. [Emphasis added.]

[80] The *Yeves* test is expressed in terms of a verdict reached by a jury. The question that occupied this Court in *Beaudry* and in this appeal is whether the test for an unreasonable verdict is the same when the verdict is reached by a judge sitting without a jury. The Court was divided on this

ont remplacé les mots « verdict du jury » par le seul mot « verdict », permettant ainsi d’invoquer le moyen à l’encontre du verdict d’un juge seul. Rien ne porte cependant à croire que le législateur entendait alors modifier la disposition de façon que sa raison d’être ne se limite pas à assurer le caractère raisonnable de la conclusion. La disposition relative au « verdict déraisonnable » demeure inchangée depuis 1955. [Italique omis.]

Il appert de l’historique de la disposition que les termes « déraisonnable » et « ne peut pas s’appuyer sur la preuve » visent tous deux tant le verdict du jury que celui du juge du procès. Ainsi, l’emploi par le législateur de la conjonction « ou » au sous-al. 686(1)(a)(i) ne commande pas que l’on s’attache au raisonnement qui mène au verdict du juge du procès contesté en appel. En fait, lorsqu’on examine la disposition dans son contexte et selon son sens grammatical et ordinaire, il appert que la cour d’appel doit s’attacher au *verdict*.

[79] Avant l’arrêt *Beaudry*, le critère d’application du moyen fondé sur le verdict déraisonnable prévu au sous-al. 686(1)(a)(i) était établi. Il fallait déterminer le caractère raisonnable du verdict au regard de l’ensemble de la preuve offerte au procès. Dans *Yeves*, un arrêt portant sur le verdict d’un jury, la Cour avait formulé ainsi le critère (p. 186) :

La fonction de la Cour d’appel, aux termes du sous-al. 613(1)(a)(i) du *Code criminel*, dépasse la simple conclusion qu’il y a des éléments de preuve à l’appui d’une déclaration de culpabilité. La Cour [d’appel] doit déterminer d’après l’ensemble de la preuve si le verdict est l’un de ceux qu’un jury qui a reçu les directives appropriées et qui agit d’une manière judiciaire aurait pu raisonnablement rendre. Bien que la Cour d’appel ne doive pas simplement substituer son opinion à celle du jury, afin d’appliquer le critère elle doit réexaminer l’effet de la preuve et aussi dans une certaine mesure la réévaluer. Ce processus sera le même que l’affaire soit fondée sur une preuve circonstancielle ou une preuve directe. [Je souligne.]

[80] Le critère de l’arrêt *Yeves* est formulé en fonction du verdict d’un jury. La question soumise à notre Cour dans *Beaudry* et en l’espèce est celle de savoir si le même critère vaut pour le verdict d’un juge seul. Dans *Beaudry*, la Cour est divisée sur ce point et, comme je le mentionne au début des

issue in *Beaudry*. As I have indicated at the outset, this division led to some uncertainty about the governing test. In this appeal, the Court confirms that the *Yebes/Biniaris* test continues to govern, but that *Beaudry* has effectively added a new dimension to the test for unreasonableness in judge-alone trials, albeit one of limited scope. In exceptional cases, flaws in the trial judge's reasoning process may result in an unreasonable verdict even though the verdict is otherwise available on the evidence. As Fish J. notes, unreasonable verdicts of the sort targeted by the *Beaudry* test "are exceedingly rare" (para. 22).

[81] In my view, it is important to stress that, while the reviewing court may now look beyond the evidence adduced at trial and consider flaws in the reasoning process in the assessment for reasonableness, the focus must remain on the *conclusion* reached at trial. For s. 686(1)(a)(i) to be properly invoked, it is the *verdict* that must be in error. As such, it would be wrong to conclude that whenever there is an error in reasoning, even if of the kind "demonstrably incompatible" with the uncontradicted evidence at trial, the verdict is unreasonable. As stated by LeBel J. in *R. v. Jaw*, 2009 SCC 42, [2009] 3 S.C.R. 26, "[a]n error in proceedings that does not lead to an unreasonable verdict, a wrong decision on a question of law or a miscarriage of justice is indeed an error, but one without legal effect" (para. 29).

[82] Under each ground of appeal set out in s. 686(1)(a), any error must be assessed in context. For example, before an appellate court concludes that a misapprehension of evidence has resulted in a miscarriage of justice under s. 686(1)(a)(iii), it must consider whether the misapprehension played "an essential part not just in the narrative of the judgment but 'in the reasoning process resulting in a conviction'" (*Lohrer*, at para. 2). Likewise, not every error of law will require a new hearing under s. 686(1)(a)(ii). Section 686(1)(b)(iii) provides that the conviction may be affirmed where "no substantial wrong or miscarriage of justice has occurred".

présents motifs, cette division rend le critère applicable quelque peu incertain. En l'espèce, la Cour confirme que le critère des arrêts *Yebes et Biniaris* vaut toujours, mais que l'arrêt *Beaudry* ajoute bel et bien une dimension nouvelle, mais de portée limitée, au critère du verdict déraisonnable dans le cas d'un procès devant juge seul. Le vice entachant le raisonnement du juge du procès peut exceptionnellement rendre le verdict déraisonnable même si le verdict pouvait par ailleurs être prononcé eu égard à la preuve. Comme le fait remarquer le juge Fish, les verdicts déraisonnables du type visé par le critère de l'arrêt *Beaudry* « sont extrêmement rares » (par. 22).

[81] Il me paraît important de souligner que même s'il peut désormais aller au-delà de la preuve admise au procès et tenir compte des vices du raisonnement pour déterminer si le verdict est raisonnable ou non, le tribunal d'appel doit toujours faire porter son examen sur la *conclusion* tirée au procès. Pour que le sous-al. 686(1)(a)(i) soit invoqué à bon droit, c'est le *verdict* qui doit être erroné. Ainsi, on ne saurait conclure que le verdict est déraisonnable chaque fois que le raisonnement est entaché d'une erreur, y compris une erreur « dont on peut démontrer qu'elle est incompatible » avec la preuve non contredite présentée lors du procès. Comme le dit le juge LeBel dans *R. c. Jaw*, 2009 CSC 42, [2009] 3 R.C.S. 26, « [l]'erreur en cours d'instance qui ne conduit pas à un verdict déraisonnable, à une décision erronée sur une question de droit ou à une erreur judiciaire constitue certes une erreur, mais une erreur sans conséquence juridique » (par. 29).

[82] Pour chacun des moyens d'appel énoncés à l'al. 686(1)(a), toute erreur doit être analysée dans son contexte. Par exemple, pour conclure qu'une interprétation erronée de la preuve emporte une erreur judiciaire au sens du sous-al. 686(1)(a)(iii), la cour d'appel doit déterminer si l'interprétation erronée a joué « un rôle capital non seulement dans les motifs du jugement, mais encore "dans le raisonnement à l'origine de la déclaration de culpabilité" » (*Lohrer*, par. 2). De même, toute erreur de droit ne commande pas un nouveau procès en application du sous-al. 686(1)(a)(ii). Le sous-alinéa 686(1)(b)(iii) prévoit en effet la possibilité de confirmer la déclaration de

Similarly, any error in reasoning identified under the *Beaudry* test must be carefully assessed to determine whether it vitiates the *verdict*.

[83] It is useful in the assessment of reasonableness to recall that the curative proviso does not apply to an unreasonable verdict under s. 686(1)(a)(i). Thus, if the reviewing court focusses on the type of error committed in the reasoning process, rather than on the verdict itself, it may wrongfully leap to the conclusion that a simple error in logic in the trial judge's reasons necessitates a new trial. For example, as the Crown states in its factum, "[i]t would be incongruous if a conviction could be affirmed under [the curative proviso] . . . in a case where the trial judge had incorrectly admitted a piece of evidence (e.g., on the basis that the other evidence in the case was overwhelming) but not in a case where the trial judge had correctly excluded the evidence but then mistakenly referred to it in convicting the accused" (para. 53).

[84] In my view, the s. 686(1)(a)(i) inquiry in judge-alone trials should proceed as follows:

- (a) The reviewing court should first apply the test in *Yebe/Biniaris*. The question is whether the verdict is one that a properly instructed jury, acting judicially, could reasonably have rendered on the evidence as a whole. If not, then the test is met, the inquiry is over, and an acquittal is entered.
- (b) If the verdict is available on the evidence, the reviewing court may go on to assess the reasonableness of the verdict under the *Beaudry* test by scrutinizing the actual findings of fact and inferences made by the trial judge. As stated earlier, an unreasonable verdict of the kind identified in *Beaudry* will be exceedingly rare. It is therefore not necessary to conduct

culpabilité lorsqu'« aucun tort important ou aucune erreur judiciaire grave ne s'est produit ». Aussi, il convient d'examiner attentivement toute erreur relevée dans le raisonnement suivant le critère de l'arrêt *Beaudry* pour déterminer si elle vicie le *verdict*.

[83] Lors de l'analyse du caractère raisonnable, il convient de se rappeler que la disposition réparatrice ne s'applique pas au verdict déraisonnable au sens du sous-al. 686(1)a(i). Par conséquent, le tribunal d'appel dont l'examen porte sur le type d'erreur commise dans le raisonnement plutôt que sur le verdict lui-même risque de sauter à tort à la conclusion qu'une simple erreur de logique dans les motifs du juge du procès requiert la tenue d'un nouveau procès. Ainsi, comme le soutient le ministère public dans son mémoire, [TRADUCTION] « [i]l serait incohérent de pouvoir confirmer une déclaration de culpabilité en application de [la disposition réparatrice] [. . .] dans le cas où le juge du procès admet à tort un élément de preuve (p. ex., au motif que le reste de la preuve est accablant), mais de ne pas pouvoir le faire lorsque le juge du procès écarte la preuve à juste titre, mais y renvoie ensuite à tort pour déclarer l'accusé coupable » (par. 53).

[84] À mon avis, l'examen que requiert le sous-al. 686(1)a(i) dans le cas d'un procès devant juge seul doit se dérouler comme suit :

- a) Le tribunal d'appel doit d'abord appliquer le critère établi dans les arrêts *Yebe* et *Biniaris* : le verdict est-il l'un de ceux qu'un jury ayant reçu des directives appropriées et agissant d'une manière judiciaire aurait pu raisonnablement rendre au vu de l'ensemble de la preuve? Dans la négative, le critère est respecté, l'examen prend fin et un verdict d'acquiescement est inscrit.
- b) Lorsque le prononcé du verdict est possible eu égard à la preuve, le tribunal d'appel peut en évaluer le caractère raisonnable suivant le critère de l'arrêt *Beaudry* en s'attachant aux conclusions de fait et aux inférences tirées par le juge du procès. Comme je le dis précédemment, le verdict déraisonnable du type considéré dans *Beaudry* est extrêmement rare, de sorte que

this assessment in every case. Unless the issue is specifically raised, or the circumstances clearly call for this further inquiry, the impact of errors in the reasoning process that led to the verdict falls to be assessed under either s. 686(1)(a)(ii) (errors of law) or s. 686(1)(a)(iii) (miscarriage of justice).

- (c) The *Beaudry* test may apply in exceptional cases where the reasoning process of the trial judge is so irrational, or so at odds with the evidence, that it vitiates the verdict — even though that verdict is available on the evidence as a whole. In these rare cases, an appellate court will be justified in concluding that the verdict itself is unreasonable. What precise kinds of errors would justify this conclusion is a question better left to be decided in cases where the issue will arise. If the reviewing court so concludes, a new trial is ordered, as the court will have already determined under the *Yebes/Biniaris* test that the verdict is otherwise available on the evidence.

[85] In the present case, the Court of Appeal rightly concluded that the evidence adduced at trial was capable of supporting a conviction. Thus, Mr. Sinclair cannot meet the *Yebes/Biniaris* test. Nor can he properly invoke the *Beaudry* test as there is no fundamental flaw in the reasoning process that led to the trial judge's verdict. Finally, for the reasons of LeBel J., I conclude that the trial judge did not misapprehend the evidence in finding that Mr. Sinclair had participated in the assault that resulted in the victim's death.

3. Disposition

[86] For these reasons, I would allow the appeal, set aside the order for a new trial and restore the conviction.

cet examen ne s'impose pas dans tous les cas. À moins que la question ne soit expressément soulevée ou que les circonstances ne commandent clairement cet examen supplémentaire, il faut déterminer l'incidence de l'erreur qui entache le raisonnement à l'origine du verdict en application soit du sous-al. 686(1)a)(ii) (erreur de droit), soit du sous-al. 686(1)a)(iii) (erreur judiciaire).

- c) Le critère de l'arrêt *Beaudry* peut s'appliquer dans le cas exceptionnel où le raisonnement du juge du procès est à ce point irrationnel ou incompatible avec la preuve qu'il a pour effet de vicier le verdict, et ce, même s'il était possible de le rendre eu égard à l'ensemble de la preuve. Dans ce rare cas, la cour d'appel est justifiée de conclure que le verdict lui-même est déraisonnable. Il vaut mieux attendre que la question se pose dans une affaire pour déterminer le type précis d'erreur qui justifie cette conclusion. Si le tribunal d'appel conclut en ce sens, il ordonne un nouveau procès puisqu'il a déjà décidé, suivant le critère des arrêts *Yebes* et *Biniaris*, que le verdict peut par ailleurs être rendu eu égard à l'ensemble de la preuve.

[85] En l'espèce, la Cour d'appel conclut à juste titre que la preuve produite au procès était susceptible d'appuyer une déclaration de culpabilité. M. Sinclair n'est donc pas en mesure de satisfaire au critère des arrêts *Yebes* et *Biniaris*. Il ne peut pas non plus invoquer à bon droit le critère établi dans *Beaudry* parce qu'aucun vice fondamental n'entache le raisonnement à l'issue duquel la juge du procès a rendu son verdict. Enfin, pour les motifs exposés par le juge LeBel, j'arrive à la conclusion que la juge du procès n'a pas mal interprété la preuve pour conclure que M. Sinclair a participé à l'agression qui a causé la mort de la victime.

3. Dispositif

[86] Pour les motifs qui précèdent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler l'ordonnance relative à la tenue d'un nouveau procès et de rétablir la déclaration de culpabilité.

The following are the reasons delivered by

[87] ABELLA J. — I agree with Charron J.'s analysis on the application of the *Beaudry* test (*R. v. Beaudry*, 2007 SCC 5, [2007] 1 S.C.R. 190). Like her, I also agree with LeBel J. that the trial judge did not misapprehend the evidence. Therefore, I would allow the appeal, set aside the order for a new trial, and restore the conviction.

Appeal allowed, McLACHLIN C.J. and BINNIE, FISH and CROMWELL JJ. dissenting.

Solicitor for the appellant: Manitoba Prosecution Service, Winnipeg.

Solicitors for the respondent: Gindin, Wolson, Simmonds, Winnipeg.

Solicitor for the intervener the Director of Public Prosecutions of Canada: Public Prosecution Service of Canada, Gatineau.

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

Version française des motifs rendus par

[87] LA JUGE ABELLA — Je souscris à l'analyse de la juge Charron concernant l'application du critère établi dans l'arrêt *R. c. Beaudry*, 2007 CSC 5, [2007] 1 R.C.S. 190. Tout comme elle, je conviens avec le juge LeBel que la juge du procès n'a pas mal interprété la preuve. Je suis donc d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler l'ordonnance relative à la tenue d'un nouveau procès et de rétablir la déclaration de culpabilité.

Pourvoi accueilli, la juge en chef McLACHLIN et les juges BINNIE, FISH et CROMWELL sont dissidents.

Procureur de l'appelante : Service des poursuites du Manitoba, Winnipeg.

Procureurs de l'intimé : Gindin, Wolson, Simmonds, Winnipeg.

Procureur de l'intervenant le Directeur des poursuites pénales du Canada : Service des poursuites pénales du Canada, Gatineau.

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

Kuwait Airways Corporation *Appellant/
Respondent on motion*

v.

Republic of Iraq *Respondent/Respondent on
motion*

and

Bombardier Aerospace *Respondent/
Applicant on motion*

INDEXED AS: KUWAIT AIRWAYS CORP. v. IRAQ

2011 SCC 41

File No.: 33145.

2011: July 28.

Present: LeBel J.

**MOTION FOR REVISION OF COSTS ORDER AND
FOR EXTENSION OF TIME TO SERVE AND FILE**

*Courts — Supreme Court of Canada — Costs —
Appeal allowed with costs throughout — Whether costs
award applied to respondent, mis en cause in lower court,
which did not participate in proceedings before Court —
Rules of the Supreme Court of Canada, SOR/2002-156,
r. 47.*

Cases Cited

Referred to: *Kuwait Airways Corp. v. Iraq*, 2010
SCC 40, [2010] 2 S.C.R. 571.

Statutes and Regulations Cited

Rules of the Supreme Court of Canada, SOR/2002-156,
r. 47.

MOTION for revision of costs order and for
extension of time to serve and file. Motion granted
in part.

Written submissions by *Laurent G. Fortier*, for
Kuwait Airways Corporation.

Written submissions by *Michel G. Sylvestre* and
Mercedes Glockseisen, for Bombardier Aerospace.

Kuwait Airways Corporation *Appelante/
Intimée à la requête*

c.

République d'Irak *Intimée/Intimée à la
requête*

et

Bombardier Aéronautique *Intimée/
Requérante à la requête*

RÉPERTORIÉ : KUWAIT AIRWAYS CORP. c. IRAQ

2011 CSC 41

N^o du greffe : 33145.

2011 : 28 juillet.

Présent : Le juge LeBel.

**REQUÊTE EN RÉVISION DE L'ORDONNANCE
RELATIVE AUX DÉPENS ET EN PROROGATION DE
DÉLAI POUR SIGNIFICATION ET DÉPÔT**

*Tribunaux — Cour suprême du Canada — Dépens —
Pourvoi accueilli avec dépens dans toutes les cours —
La condamnation aux dépens visait-elle l'intimée, mise
en cause devant la juridiction inférieure, qui est demeu-
rée absente du débat devant la Cour? — Règles de la
Cour suprême du Canada, DORS/2002-156, art. 47.*

Jurisprudence

Arrêt mentionné : *Kuwait Airways Corp. c. Irak*,
2010 CSC 40, [2010] 2 R.C.S. 571.

Lois et règlements cités

Règles de la Cour suprême du Canada, DORS/2002-156,
art. 47.

REQUÊTE en révision de l'ordonnance relative
aux dépens et en prorogation de délai pour signifi-
cation et dépôt. Requête accueillie en partie.

Argumentation écrite par *Laurent G. Fortier*,
pour Kuwait Airways Corporation.

Argumentation écrite par *Michel G. Sylvestre*
et *Mercedes Glockseisen*, pour Bombardier
Aéronautique.

No submissions made by the Republic of Iraq.

Aucune argumentation par la République d'Irak.

English version of the order delivered by

L'ordonnance suivante a été rendue par

[1] LEBEL J. — The respondent, *mis en cause*, Bombardier Aerospace has made a motion under r. 47 of the *Rules of the Supreme Court of Canada*, SOR/2002-156, to resolve an issue relating to the taxation of costs in the appeal. It also asks for an extension of time to serve and make this motion. The appellant, Kuwait Airways Corporation, which succeeded in this appeal (see *Kuwait Airways Corp. v. Iraq*, 2010 SCC 40, [2010] 2 S.C.R. 571), takes no position on this motion and defers to this Court's decision.

[1] LE JUGE LEBEL — L'intimée, mise en cause, Bombardier Aéronautique, a présenté une requête en vertu de l'art. 47 des *Règles de la Cour suprême du Canada*, DORS/2002-156, pour régler un problème relatif à la taxation des dépens dans le pourvoi. Elle demande accessoirement un délai supplémentaire pour la signification et la présentation de cette requête. Je note que l'appelante, Kuwait Airways Corporation, qui a eu gain de cause dans ce pourvoi (voir *Kuwait Airways Corp. c. Irak*, 2010 CSC 40, [2010] 2 R.C.S. 571) ne prend pas position à l'égard de cette requête et s'en remet à la décision de notre Cour.

[2] In its judgment, this Court allowed the appeal of Kuwait Airways Corporation with costs throughout. The appellant's bill of costs was filed for taxation against the Republic of Iraq and Bombardier Aerospace, both of which were respondents in this Court. Prior to the Court's judgment, Bombardier Aerospace had made no representations with respect either to its status in this Court or to the conclusions that might be granted in a judgment of the Court, which would have been an appropriate precaution to take.

[2] L'arrêt de notre Cour a accueilli le pourvoi de Kuwait Airways Corporation avec dépens dans toutes les cours. Le mémoire de frais de l'appelante a été présenté pour taxation contre la République d'Irak et contre Bombardier Aéronautique, qui ont toutes les deux le statut d'intimée devant notre Cour. Jusqu'à l'arrêt de notre Cour, Bombardier Aéronautique n'a présenté aucune observation au sujet de son statut devant la Cour, ni à propos des conclusions éventuelles d'un arrêt de notre Cour, ce qui aurait été une précaution utile.

[3] Nevertheless, although Bombardier Aerospace was designated a respondent under this Court's rules of procedure, it did not participate in the proceedings before the Court. In these circumstances, to infer that the Court intended to also award costs against Bombardier Aerospace would be to unduly expand the scope of its conclusion. The Court awarded costs to the appellant without specifying that the award was against all the respondents. Its judgment necessarily concerned the Republic of Iraq alone, and not Bombardier Aerospace, which did not participate in the proceedings before it, and the Court had no reason to award costs against Bombardier Aerospace in the circumstances.

[3] Cependant, bien qu'elle ait été qualifiée d'intimée selon les règles de procédure de notre Cour, Bombardier Aéronautique n'a pas participé au débat devant celle-ci. Dans ce contexte, ce serait élargir indûment la portée de la conclusion de la Cour que d'inférer qu'elle entendait condamner aussi Bombardier Aéronautique aux dépens. L'arrêt accorde les dépens à l'appelante, sans préciser qu'elle les accorde contre toutes les intimées. Le jugement de la Cour vise nécessairement la République d'Irak, seulement, et non Bombardier Aéronautique, qui est demeurée absente du débat devant la Cour et que celle-ci n'avait aucune raison de condamner aux dépens dans les circonstances.

[4] Bombardier Aerospace could of course have exercised greater diligence regarding this issue of costs. However, discussions about it have been

[4] Certes, Bombardier Aéronautique aurait pu faire preuve de plus de diligence relativement à cette question concernant les dépens. Cependant,

under way for several months in various forms and with various people at the Court. What is more, the appellant has not raised the lateness of this proceeding. It would accordingly be inappropriate to deny the extension of time sought by Bombardier Aerospace.

[5] For these reasons, the motion of the respondent, *mis en cause*, Bombardier Aerospace is granted in part in order to extend the time to serve and file the motion and to declare that the award of costs does not apply to the respondent, *mis en cause*, Bombardier Aerospace and that the bill of costs may not be taxed against it. Costs will not be awarded on this motion.

Order accordingly.

*Solicitors for Kuwait Airways Corporation:
Stikeman Elliott, Montreal.*

*Solicitors for Bombardier Aerospace: Norton
Rose OR, Montreal.*

le débat relatif à celle-ci se déroule depuis quelques mois sous des formes et devant des instances diverses devant la Cour. De plus, l'appelante ne soulève pas la tardivité de cette procédure. Il ne conviendrait pas alors de refuser d'accorder la prorogation de délai sollicitée par Bombardier Aéronautique.

[5] Pour ces motifs, il est fait droit en partie à la requête de l'intimée, mise en cause, Bombardier Aéronautique, aux fins de proroger le délai de signification et de présentation de la requête et de déclarer que la condamnation aux dépens ne vise pas l'intimée, mise en cause, Bombardier Aéronautique, et que le mémoire de frais ne peut être taxé contre elle, le tout sans frais.

Ordonnance en conséquence.

*Procureurs de Kuwait Airways Corporation:
Stikeman Elliott, Montréal.*

*Procureurs de Bombardier Aéronautique:
Norton Rose OR, Montréal.*

**Her Majesty The Queen in Right of
Canada** *Appellant/Respondent on cross-
appeal*

v.

**Imperial Tobacco Canada
Limited** *Respondent/Appellant on cross-
appeal*

and

**Attorney General of Ontario and
Attorney General of British
Columbia** *Intervenors*

- and -

Attorney General of Canada *Appellant/
Respondent on cross-appeal*

v.

**Her Majesty The Queen in Right of British
Columbia** *Respondent*

and

**Imperial Tobacco Canada Limited,
Rothmans, Benson & Hedges Inc., Rothmans
Inc., JTI-MacDonald Corp., R.J. Reynolds
Tobacco Company, R.J. Reynolds Tobacco
International Inc., B.A.T. Industries p.l.c.,
British American Tobacco (Investments)
Limited, Carreras Rothmans Limited,
Philip Morris USA Inc. and Philip Morris
International Inc.** *Respondents/Appellants on
cross-appeal*

and

**Attorney General of Ontario, Attorney
General of British Columbia and Her Majesty
The Queen in Right of the Province of New
Brunswick** *Intervenors*

**Sa Majesté la Reine du chef du
Canada** *Appelante/intimée au pourvoi
incident*

c.

**Imperial Tobacco Canada
Limitée** *Intimée/appelante au pourvoi
incident*

et

**Procureur général de l'Ontario et
procureur général de la Colombie-
Britannique** *Intervenants*

- et -

Procureur général du Canada *Appelant/
intimé au pourvoi incident*

c.

**Sa Majesté la Reine du chef de la Colombie-
Britannique** *Intimée*

et

**Imperial Tobacco Canada Limitée,
Rothmans, Benson & Hedges Inc., Rothmans
Inc., JTI-MacDonald Corp., R.J. Reynolds
Tobacco Company, R.J. Reynolds Tobacco
International Inc., B.A.T. Industries p.l.c.,
British American Tobacco (Investments)
Limited, Carreras Rothmans Limited,
Philip Morris USA Inc. et Philip Morris
International Inc.** *Intimées/appelantes au
pourvoi incident*

et

**Procureur général de l'Ontario, procureur
général de la Colombie-Britannique et Sa
Majesté la Reine du chef de la province du
Nouveau-Brunswick** *Intervenants*

INDEXED AS: R. v. IMPERIAL TOBACCO CANADA LTD.

2011 SCC 42

File Nos.: 33559, 33563.

2011: February 24; 2011: July 29.

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

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

Civil procedure — Third-party claims — Motion to strike — Tobacco manufacturers being sued by provincial government to recover health care costs of tobacco-related illnesses, and by consumers of “light” or “mild” cigarettes for damages and punitive damages — Tobacco companies issuing third-party notices to federal government claiming contribution and indemnity — Whether plain and obvious that third-party claims disclose no reasonable cause of action.

Torts — Negligent misrepresentation — Failure to warn — Negligent design — Duty of care — Proximity — Tobacco manufacturers being sued by provincial government and consumers and issuing third-party notices to federal government claiming contribution and indemnity — Federal government claiming representations constituted government policy immune from judicial review — Whether facts as pleaded establish prima facie duty of care — If so, whether conflicting policy considerations negate such duty.

Torts — Provincial statutory scheme establishing rights of action against tobacco manufacturers and suppliers — Whether federal government liable as a “manufacturer” under the Tobacco Damages and Health Care Costs Recovery Act, S.B.C. 2000, c. 30, or a “supplier” under the Business Practices and Consumer Protection Act, S.B.C. 2004, c. 2, and the Trade Practice Act, R.S.B.C. 1996, c. 457.

The appeal concerns two cases before the courts in British Columbia. In the *Costs Recovery* case, the

**RÉPERTORIÉ : R. c. IMPERIAL TOBACCO CANADA
LTÉE**

2011 CSC 42

N^{os} du greffe : 33559, 33563.

2011 : 24 février; 2011 : 29 juillet.

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

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

Procédure civile — Mise en cause — Requête en radiation — Fabricants de tabac poursuivis par le gouvernement d'une province qui cherche à recouvrer les sommes consacrées au traitement des maladies liées au tabagisme, et par des consommateurs de cigarettes dites « légères » ou « douces » qui demandent des dommages-intérêts et des dommages-intérêts punitifs — Compagnies de tabac mettant en cause le gouvernement fédéral pour lui réclamer une contribution et une indemnisation — Est-il évident et manifeste que les avis de mise en cause ne révèlent aucune cause d'action raisonnable?

Responsabilité délictuelle — Déclaration inexacte faite par négligence — Défaut de mise en garde — Conception négligente — Obligation de diligence — Lien de proximité — Poursuites engagées par le gouvernement d'une province et des consommateurs contre des fabricants de tabac qui ont mis en cause le gouvernement fédéral pour lui réclamer une contribution et une indemnisation — Gouvernement fédéral prétendant que les déclarations relevaient de la politique générale du gouvernement et étaient de ce fait soustraites au contrôle judiciaire — Les faits allégués établissent-ils l'existence d'une obligation de diligence prima facie? — Dans l'affirmative, des considérations de politique générale opposées écartent-elles cette obligation?

Responsabilité délictuelle — Régime législatif provincial conférant un droit d'action contre les fabricants et les fournisseurs de tabac — Le gouvernement fédéral a-t-il engagé sa responsabilité à titre de « fabricant » au sens de la Tobacco Damages and Health Care Costs Recovery Act, S.B.C. 2000, ch. 30, ou de « fournisseur » au sens de la Business Practices and Consumer Protection Act, S.B.C. 2004, ch. 2, et de la Trade Practice Act, R.S.B.C. 1996, ch. 457?

Le pourvoi porte sur deux actions intentées devant les tribunaux de la Colombie-Britannique. Dans l'*Affaire du*

Government of British Columbia is seeking to recover, pursuant to the *Tobacco Damages and Health Care Costs Recovery Act* (“CRA”), the cost of paying for the medical treatment of individuals suffering from tobacco-related illnesses from a group of tobacco companies, including Imperial. British Columbia alleges that by 1950, the tobacco companies knew or ought to have known that cigarettes were harmful to one’s health, and that they failed to properly warn the public about the risks associated with smoking their product. In the *Knight* case, a class action was brought against Imperial alone on behalf of class members who purchased “light” or “mild” cigarettes, seeking a refund of the cost of the cigarettes and punitive damages. The class alleges that the levels of tar and nicotine listed on Imperial’s packages for light and mild cigarettes did not reflect the actual deliveries of toxic emissions to smokers, and alleges that the smoke produced by light cigarettes was just as harmful as that produced by regular cigarettes.

In both cases, the tobacco companies issued third-party notices to the Government of Canada, alleging that if the tobacco companies are held liable to the plaintiffs, they are entitled to compensation from Canada for negligent misrepresentation, negligent design and failure to warn, as well as at equity. They also allege that Canada would itself be liable as a “manufacturer” under the *CRA* or a “supplier” under the *Business Practices and Consumer Protection Act* and the *Trade Practice Act*, and that they are entitled to contribution and indemnity from Canada pursuant to the *Negligence Act*. Canada brought motions to strike the third-party notices, arguing that it was plain and obvious that the third-party claims failed to disclose a reasonable cause of action. In both cases, the chambers judges struck all of the third-party notices. The British Columbia Court of Appeal allowed the tobacco companies’ appeals in part. A majority held that the negligent misrepresentation claims arising from Canada’s alleged duty of care to the tobacco companies in both the *Costs Recovery* case and the *Knight* case should proceed to trial. A majority in the *Knight* case further held that the negligent misrepresentation claim based on Canada’s alleged duty of care to consumers should proceed, as should the negligent design claim. The court unanimously struck the remainder of the tobacco companies’ claims.

recouvrement des coûts, le gouvernement de la Colombie-Britannique cherche, aux termes de la *Tobacco Damages and Health Care Costs Recovery Act* (« CRA »), à recouvrer d’un groupe de compagnies de tabac, dont Imperial, les sommes consacrées au traitement médical de personnes souffrant de maladies liées au tabagisme. Selon la Colombie-Britannique, dès 1950, les compagnies de tabac savaient ou auraient dû savoir que les cigarettes étaient néfastes pour la santé et ont fait défaut de mettre le public en garde adéquatement contre les risques associés à l’usage de leur produit. Dans l’affaire *Knight*, un recours collectif a été intenté contre Imperial seulement, pour demander, au nom des membres qui ont acheté des cigarettes dites « légères » ou « douces », le remboursement du coût des cigarettes ainsi que le versement de dommages-intérêts punitifs. Selon eux, la teneur en goudron et en nicotine indiquée sur les paquets de cigarettes fabriquées par Imperial ne correspondait pas aux émissions toxiques réelles pour les fumeurs. Ils font valoir que la fumée dégagée par les cigarettes légères était tout aussi néfaste que celle dégagée par les cigarettes régulières.

Dans les deux affaires, les compagnies de tabac ont mis en cause le gouvernement du Canada, prétendant que, si elles étaient tenues responsables envers les demandeurs, elles avaient le droit d’être indemnisées par le Canada pour déclarations inexactes faites par négligence, conception négligente et défaut de mise en garde; ainsi qu’en vertu de l’équité. Elles font également valoir que le Canada aurait engagé sa propre responsabilité à titre de « fabricant » au sens de la *CRA* ou à titre de « fournisseur » au sens de la *Business Practices and Consumer Protection Act* et de la *Trade Practice Act*, et qu’elles sont en droit d’obtenir du Canada une contribution et une indemnisation en vertu de la *Negligence Act*. Le Canada a présenté des requêtes en radiation des avis de mise en cause, faisant valoir qu’il était évident et manifeste que ces avis ne révélaient aucune cause d’action raisonnable. Dans les deux affaires, les juges siégeant en cabinet ont ordonné la radiation de tous les avis de mise en cause. La Cour d’appel de la Colombie-Britannique a accueilli en partie les appels interjetés par les compagnies de tabac. Les juges majoritaires ont conclu à l’opportunité d’instruire, dans l’*Affaire du recouvrement des coûts* et dans l’affaire *Knight*, les demandes relatives aux déclarations inexactes faites par négligence en violation d’une prétendue obligation de diligence du Canada envers les compagnies de tabac. Dans l’affaire *Knight*, les juges majoritaires ont conclu en outre à l’opportunité d’instruire la demande relative aux déclarations inexactes faites par négligence fondée sur une prétendue obligation de diligence du Canada envers les consommateurs, ainsi que la demande relative à la conception négligente. La cour a radié à l’unanimité les autres demandes présentées par les compagnies de tabac.

Held: The appeals should be allowed and the claims should be struck out. The tobacco companies' cross-appeals should be dismissed.

On a motion to strike, a claim will only be struck if it is plain and obvious, assuming the facts pleaded to be true, that the pleading discloses no reasonable cause of action. The approach must be generous, and err on the side of permitting a novel but arguable claim to proceed to trial. However, the judge cannot consider what evidence adduced in the future might or might not show. Here, it is plain and obvious that none of the tobacco companies' claims against Canada have a reasonable chance of success.

Canada's Alleged Duties of Care to Smokers in the Costs Recovery Case

In the *Costs Recovery* case, the private law claims against Canada for contribution and indemnity based on alleged breaches of a duty of care to smokers must be struck. A third party may only be liable for contribution under the *Negligence Act* if it is directly liable to the plaintiff, in this case, British Columbia. Here, even if Canada breached duties to smokers, this would have no effect on whether it was liable to British Columbia.

The Claims for Negligent Misrepresentation

There are two relationships at issue in these claims: one between Canada and consumers and one between Canada and tobacco companies. In the *Knight* case, Imperial alleges that Canada negligently represented the health attributes of low-tar cigarettes to consumers. In both the *Knight* case and the *Costs Recovery* case, the tobacco companies allege that Canada made negligent misrepresentations to the tobacco companies.

The facts as pleaded do not bring Canada's relationship with consumers and the tobacco companies within a settled category of negligent misrepresentation. Accordingly, to determine whether the alleged causes of action have a reasonable prospect of success, the general requirements for liability in tort must be met. At

Arrêt : Les pourvois sont accueillis et les demandes sont radiées. Les pourvois incidents interjetés par les compagnies de tabac sont rejetés.

Dans le cas d'une requête en radiation, une demande ne sera radiée que s'il est évident et manifeste, dans l'hypothèse où les faits allégués seraient avérés, que la déclaration ne révèle aucune cause d'action raisonnable. L'approche doit être généreuse et permettre, dans la mesure du possible, l'instruction de toute demande inédite, mais soutenable. Cependant, le juge ne peut pas anticiper ce que la preuve qui sera produite permettra d'établir. En l'espèce, il est évident et manifeste qu'aucune des allégations des compagnies de tabac visant le Canada n'a une possibilité raisonnable d'être accueillie.

Les prétendues obligations de diligence du Canada envers les fumeurs dans l'Affaire du recouvrement des coûts

Dans l'*Affaire du recouvrement des coûts*, les demandes de contribution et d'indemnisation de droit privé dirigées contre le Canada et fondées sur des manquements allégués à une obligation de diligence envers les fumeurs doivent être radiées. Un tiers ne peut être tenu de verser une contribution en vertu de la *Negligence Act* que s'il est directement responsable envers le demandeur, en l'occurrence la Colombie-Britannique. En l'espèce, même si le Canada a manqué à ses obligations envers les fumeurs, ce manquement n'aurait aucune incidence sur la question de savoir s'il est responsable envers la Colombie-Britannique.

Les allégations de déclarations inexactes faites par négligence

Les allégations en l'espèce mettent en cause deux liens : celui entre le Canada et les consommateurs, et celui entre le Canada et les compagnies de tabac. Dans l'affaire *Knight*, Imperial prétend que le Canada a fait preuve de négligence en déclarant faussement aux fumeurs que la cigarette à teneur réduite en goudron serait moins nocive pour la santé. Dans l'affaire *Knight* et l'*Affaire du recouvrement des coûts*, les compagnies de tabac prétendent que le Canada leur a fait des déclarations inexactes par négligence.

Les faits allégués ne font pas entrer la relation du Canada avec les consommateurs et les compagnies de tabac dans une catégorie définie en matière de déclarations inexactes faites par négligence. Par conséquent, afin de déterminer si les causes d'action alléguées ont une possibilité raisonnable d'être accueillies, il faut que

the first stage, the question is whether the facts disclose a relationship of proximity in which failure to take reasonable care might foreseeably cause loss or harm to the plaintiff. In a claim of negligent misrepresentation, both of these requirements for a *prima facie* duty of care are established if there was a “special relationship” between the parties. A special relationship will be established where: (1) the defendant ought reasonably to foresee that the plaintiff will rely on his or her representation; and (2) reliance by the plaintiff would be reasonable in the circumstances of the case. If proximity is established, a *prima facie* duty of care arises and the analysis proceeds to the second stage, which asks whether there are policy reasons why this *prima facie* duty of care should not be recognized.

Here, on the facts as pleaded, Canada did not owe a *prima facie* duty of care to consumers. The relationship between the two was limited to Canada’s statements to the general public that low-tar cigarettes are less hazardous. There were no specific interactions between Canada and the class members. Consequently, a finding of proximity in this relationship must arise from the governing statutes. However, the relevant statutes establish only general duties to the public, and no private law duties to consumers. In light of the lack of proximity, this claim in the *Knight* case should be struck at the first stage of the analysis.

As for the tobacco companies, the facts pleaded allege a history of interactions between Canada and the tobacco companies capable of establishing a special relationship of proximity giving rise to a *prima facie* duty of care. The allegations are that Canada assumed the role of adviser to a finite number of manufacturers and that there were commercial relationships entered into between Canada and the companies based in part on the advice given to the companies by government officials, going far beyond the sort of statements made by Canada to the public at large. Furthermore, Canada’s regulatory powers over the manufacturers coupled with its specific advice and its commercial involvement could be seen as supporting a conclusion that Canada ought reasonably to have foreseen that the tobacco companies would rely on the representations and that such reliance would be reasonable in the pleaded circumstance.

les exigences générales en matière de responsabilité délictuelle soient remplies. À la première étape, il faut se demander si les faits révèlent l’existence d’un lien de proximité dans le cadre duquel l’omission de faire preuve de diligence raisonnable peut, de façon prévisible, causer une perte ou un préjudice au plaignant. Dans le cadre d’une action pour déclaration inexacte faite par négligence, ces deux conditions pour qu’il existe une obligation de diligence *prima facie* sont remplies lorsqu’un « lien spécial » unit les parties. L’existence d’un lien spécial est établie lorsque : (1) le défendeur doit raisonnablement prévoir que le demandeur se fierait à sa déclaration; et que (2) la confiance que le demandeur accorde à la déclaration serait raisonnable dans les circonstances. Si l’existence d’un lien de proximité est établie, il y a obligation de diligence *prima facie* et l’analyse passe à l’étape suivante dans laquelle on se demande si des considérations de politique empêcheraient de reconnaître cette obligation de diligence *prima facie*.

Compte tenu des faits allégués, le Canada n’avait pas d’obligation de ce genre envers les consommateurs. Le lien entre eux se limitait aux déclarations du Canada adressées au grand public selon lesquelles les cigarettes à faible teneur en goudron sont moins dangereuses pour la santé. Le Canada n’entretenait pas de rapports spéciaux avec les membres du groupe. Par conséquent, le constat qu’il s’agit d’un lien suffisamment étroit doit découler des lois applicables. Les lois pertinentes n’établissent toutefois que des obligations générales envers le public, et aucune obligation de nature privée envers les consommateurs. Vu l’absence de lien de proximité, il convient de radier cette allégation dans l’affaire *Knight* à la première étape de l’analyse.

En ce qui concerne les compagnies de tabac, les faits allégués révèlent que le Canada et les compagnies de tabac entretiennent depuis longtemps des rapports qui peuvent constituer un lien spécial imposant une obligation de diligence *prima facie*. On allègue que le Canada a joué un rôle de conseiller auprès d’un nombre déterminé de fabricants et a entretenu des rapports commerciaux avec les sociétés en cause compte tenu, en partie, des avis fournis à ces dernières par des fonctionnaires, avis qui vont bien au-delà des déclarations faites par le Canada au grand public. De plus, les pouvoirs de réglementation du Canada envers les fabricants, conjugués aux avis précis qu’il a donnés et à sa participation à des activités commerciales, pourraient être considérés comme étayant la conclusion que le Canada aurait raisonnablement dû prévoir que les compagnies de tabac se fieraient aux déclarations et que cette confiance serait raisonnable dans les circonstances alléguées.

Canada's alleged negligent misrepresentations do not give rise to tort liability, however, because of conflicting policy considerations. The alleged representations constitute protected expressions of government policy. Core government policy decisions 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. The representations in this case were part and parcel of a government policy, adopted at the highest level in the Canadian government and developed out of concern for the health of Canadians and the individual and institutional costs associated with tobacco-related disease, to encourage people who continued to smoke to switch to low-tar cigarettes.

The claims for negligent misrepresentation should also fail because they would expose Canada to indeterminate liability. Recognizing a duty of care for representations to the tobacco companies would effectively amount to a duty to consumers. While the quantum of damages owed by Canada to the companies in both cases would depend on the number of smokers and the number of cigarettes sold, Canada had no control over the number of people who smoked light cigarettes.

The Claims for Failure to Warn

The tobacco companies make two allegations for failure to warn: (1) that Canada directed the tobacco companies not to provide warnings on cigarette packages about the health hazards of cigarettes and (2) that Canada failed to warn the tobacco companies about the dangers posed by the strains of tobacco it designed and licensed. These two claims should be struck. The crux of the first claim is essentially the same as the negligent misrepresentation claim, and should be rejected for the same policy reasons. The Minister of Health's recommendations on warning labels were integral to the government's policy of encouraging smokers to switch to low-tar cigarettes. As such, they cannot ground a claim in failure to warn. The same is true of the second claim. While the tort of failure to warn requires evidence of a positive duty towards the plaintiff, nothing in the third-party notices suggests that Canada was under such a positive duty here. A plea of negligence, without more, will not suffice to raise a duty to warn. In any event,

Les déclarations inexactes que le Canada aurait faites par négligence n'engagent toutefois pas sa responsabilité délictuelle parce que des considérations de politique générale s'y opposent. Les déclarations qui auraient été faites sont des expressions protégées de politique générale du gouvernement. Les décisions de politique générale fondamentale du gouvernement qui sont soustraites aux poursuites sont les décisions qui 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. Les déclarations en cause faisaient partie intégrante d'une politique générale adoptée par les plus hautes instances du gouvernement canadien et élaborée par souci pour la santé des Canadiens et des Canadiennes et en raison des coûts individuels et institutionnels associés aux maladies causées par le tabac, afin d'inciter les personnes qui continuaient de fumer à opter pour des cigarettes à faible teneur en goudron.

Les allégations de déclarations inexactes faites par négligence doivent aussi être rejetées parce qu'elles exposeraient le Canada à une responsabilité indéterminée. Reconnaître une obligation de diligence à l'égard des déclarations faites aux compagnies de tabac reviendrait en fait à reconnaître une obligation envers les consommateurs. Le montant des dommages-intérêts dus par le Canada aux compagnies de tabac dans les deux cas dépendrait du nombre de fumeurs et du nombre de cigarettes vendues, alors que le Canada n'exerçait aucun contrôle sur le nombre de fumeurs de cigarettes légères.

Les allégations de défaut de mise en garde

Les compagnies de tabac formulent deux allégations de défaut de mise en garde : (1) le Canada a interdit aux compagnies de tabac d'apposer sur les paquets de cigarettes des mises en garde à l'égard des dangers que présentent les cigarettes pour la santé et (2) le Canada n'a pas avisé les compagnies de tabac des dangers que présentent les souches de tabac conçues par le Canada et pour lesquelles il a octroyé des licences. Il faut radier ces allégations. L'élément crucial de la première allégation est essentiellement le même que celui des allégations de déclarations inexactes faites par négligence, et il y a lieu de la rejeter pour les mêmes considérations de politique générale. Les recommandations du ministre de la Santé sur les mises en garde faisaient partie intégrante de la politique générale du gouvernement visant à inciter les fumeurs à opter pour des cigarettes à faible teneur en goudron. En tant que telles, elles ne peuvent fonder une action pour défaut de mise en garde. Cela vaut aussi pour la deuxième allégation. Bien que le délit

such a claim would fail for the policy reasons applicable to the negligent misrepresentation claim.

The Claims for Negligent Design

The tobacco companies have brought two types of negligent design claims against Canada. They submit that Canada breached its duty of care to the tobacco companies when it negligently designed its strains of low-tar tobacco. In the *Knight* case, Imperial submits that Canada breached its duty of care to consumers of light and mild cigarettes. The two negligent design claims establish a *prima facie* duty of care. With respect to Canada's design of low-tar tobacco strains, the proximity alleged with the tobacco companies is not based on a statutory duty, but on commercial interactions between Canada and the tobacco companies. In the *Knight* case also, it is at least arguable that Canada was acting in a commercial capacity towards the consumers of light and mild cigarettes when it designed its strains of tobacco. However, the decision to develop low-tar strains of tobacco on the belief that the resulting cigarettes would be less harmful to health is a decision that constitutes a course or principle of action based on Canada's health policy and based on social and economic factors. As a core government policy decision, it cannot ground a claim for negligent design. These claims should accordingly be struck.

Liability as a "Manufacturer" and a "Supplier"

The tobacco companies' contribution claim in the *Costs Recovery* case that Canada could qualify as a "manufacturer" under the *CRA* should be struck. It is plain and obvious that the federal government does not qualify as a manufacturer of tobacco under that Act. When the Act is read in context and all of its provisions are taken into account, it is apparent that the British Columbia legislature did not intend Canada to be liable as a manufacturer. This is confirmed by the text of the statute, the intent of the legislature in adopting the Act,

de défaut de mise en garde requière la preuve d'une obligation positive envers le demandeur, les avis de mise en cause ne donnent aucunement matière à croire que le Canada avait une telle obligation en l'espèce. Une allégation de négligence, sans plus, est insuffisante pour imposer une obligation de mise en garde. Quoiqu'il en soit, une allégation de ce genre serait rejetée pour les considérations de politique générale qui s'appliquent aux allégations de déclarations inexactes faites par négligence.

La conception négligente

Les compagnies de tabac ont soulevé à l'encontre du Canada deux types d'allégations de conception négligente. Elles affirment que le Canada a manqué à son obligation de diligence envers elles en concevant de manière négligente ses souches de tabac à faible teneur en goudron. Dans l'affaire *Knight*, Imperial fait valoir que le Canada a manqué à son obligation de diligence envers les consommateurs de cigarettes légères et douces. Ces deux allégations de conception négligente établissent l'existence d'une obligation de diligence *prima facie*. Pour ce qui est des souches de tabac à faible teneur en goudron conçues par le Canada, le prétendu lien de proximité avec les compagnies de tabac se fonde non pas sur une obligation prévue par la loi, mais sur les rapports entre le Canada et les compagnies de tabac. Dans l'affaire *Knight* également, il est au moins possible de soutenir que le Canada agissait comme une entreprise commerciale envers les consommateurs de cigarettes légères et douces lorsqu'il a conçu ses souches de tabac. Cependant, la décision de concevoir des souches de tabac à faible teneur en goudron parce qu'on croit que les cigarettes fabriquées avec ce tabac seraient moins nuisibles pour la santé constitue une ligne de conduite fondée sur la politique générale du Canada en matière de santé et repose sur des facteurs sociaux et économiques. Cette décision de politique générale fondamentale du gouvernement ne saurait fonder une poursuite pour conception négligente. Il faut donc rejeter ces allégations.

Responsabilité d'un « fabricant » et d'un « fournisseur »

Dans l'*Affaire du recouvrement des coûts*, la demande de contribution des compagnies de tabac visant à faire reconnaître au Canada la qualité de « fabricant » au sens de la *CRA* doit être radiée. Il est manifeste et évident que le gouvernement fédéral n'est pas un fabricant de produits du tabac au sens de cette loi. Lorsqu'on interprète la loi dans son contexte eu égard à l'ensemble de ses dispositions, il appert que la législature de la Colombie-Britannique ne voulait pas imposer au Canada la responsabilité d'un fabricant. C'est ce que

and the broader context of the relationship between the province and the federal government. Holding Canada accountable under the *CRA* would defeat the legislature's intention of transferring the health-care costs resulting from tobacco-related wrongs from taxpayers to the tobacco industry. Similarly, the tobacco companies cannot rely on the recently adopted *Health Care Costs Recovery Act* in an action for contribution under the *CRA*. Finally, Canada could not be liable for contribution under the *Negligence Act* or at common law since it is not directly liable to British Columbia.

Imperial's claim in the *Knight* case that Canada could qualify as a "supplier" under the *Trade Practice Act* and the *Business Practices and Consumer Protection Act* which replaced it should also be struck. Canada's purpose for developing and promoting tobacco as described in the third-party notice suggests that it was not acting "in the course of business" or "in the course of the person's business" as those phrases are used in those statutes. Those phrases must be understood as limited to activities undertaken for a commercial purpose. Here, it is plain and obvious from the facts pleaded that Canada did not promote the use of low-tar cigarettes for a commercial purpose, but for a health purpose. Canada is therefore not a supplier and is not liable under those statutes.

Claims for Equitable Indemnity and Procedural Considerations

The tobacco companies' claims of equitable indemnity should be struck. Equitable indemnity is a narrow doctrine, confined to situations of an express or implied understanding that a principal will indemnify its agent for acting on the directions given. When Canada directed the tobacco industry about how it should conduct itself, it was doing so in its capacity as a government regulator that was concerned about the health of Canadians. Under such circumstances, it is unreasonable to infer that Canada was implicitly promising to indemnify the industry for acting on its request.

Finally, the claims for declaratory relief should be struck. The tobacco companies' ability to mount defences would not be severely prejudiced if Canada was no longer a third party in the litigation.

confirment le texte de la loi, l'intention qu'avait le législateur au moment de l'adopter et le contexte plus général des rapports entre la province et le gouvernement fédéral. Tenir le Canada responsable en application de la *CRA* contrecarrerait l'intention de la législature de faire passer des contribuables à l'industrie du tabac la responsabilité des coûts des soins de santé résultant d'une faute du fabricant. Dans le même ordre d'idées, les compagnies de tabac ne peuvent s'appuyer sur la *Health Care Costs Recovery Act*, récemment édictée, dans le cadre d'une action intentée pour obtenir une contribution en vertu de la *CRA*. Enfin, le Canada ne peut être tenu à une contribution au titre de la *Negligence Act* ou en common law parce qu'il n'est pas directement responsable envers la Colombie-Britannique.

Dans l'affaire *Knight*, la demande d'Imperial de reconnaître au Canada la qualité de « fournisseur » au sens de la *Trade Practice Act* et de la loi qui l'a remplacée, la *Business Practices and Consumer Protection Act*, doit aussi être radiée. Le but recherché par le Canada lorsqu'il a développé et promu le tabac, comme l'indique l'avis de mise en cause, tend à indiquer que le Canada n'agissait pas « dans le cours de ses affaires », dans le sens où cette expression est employée dans ces lois. Cette expression doit être interprétée comme visant seulement les activités exercées à une fin commerciale. Il ressort de façon évidente et manifeste des faits allégués que le Canada a promu la consommation de cigarettes à faible teneur en goudron non pas à une fin commerciale, mais à une fin liée à la santé. Le Canada n'est donc pas un fournisseur et sa responsabilité n'est pas engagée en application de ces lois.

Demandes d'indemnité fondées sur l'equity et considérations d'ordre procédural

Les demandes des compagnies de tabac relatives à l'indemnisation en equity doivent être radiées. La doctrine de l'indemnité fondée sur l'equity est une doctrine restreinte qui ne s'applique que dans les cas où le mandant s'engage expressément ou implicitement à indemniser son mandataire pour avoir agi conformément à ses directives. Lorsque le Canada a donné à l'industrie du tabac des directives sur la manière dont elle devrait se comporter, il le faisait à titre d'autorité de réglementation du gouvernement qui se souciait de la santé des Canadiens et des Canadiennes. Dans ces circonstances, il est déraisonnable de déduire que le Canada avait promis implicitement d'indemniser l'industrie pour avoir donné suite à sa demande.

Enfin, il convient de radier les demandes de jugement déclaratoire. La capacité des compagnies de tabac de se défendre ne serait pas gravement compromise si la mise en cause du Canada en l'espèce prenait fin.

Cases Cited

Applied: *Odhayji Estate v. Woodhouse*, 2003 SCC 69, [2003] 3 S.C.R. 263; *Hunt v. Carey Canada Inc.*, [1990] 2 S.C.R. 959; *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728; *Cooper v. Hobart*, 2001 SCC 79, [2001] 3 S.C.R. 537; *Hercules Managements Ltd. v. Ernst & Young*, [1997] 2 S.C.R. 165; **referred to:** *Syl Apps Secure Treatment Centre v. B.D.*, 2007 SCC 38, [2007] 3 S.C.R. 83; *Attorney General of Canada v. Inuit Tapirisat of Canada*, [1980] 2 S.C.R. 735; *Donoghue v. Stevenson*, [1932] A.C. 562; *Hedley Byrne & Co. v. Heller & Partners, Ltd.*, [1963] 2 All E.R. 575; *Operation Dismantle Inc. v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 441; *Giffels Associates Ltd. v. Eastern Construction Co.*, [1978] 2 S.C.R. 1346; *Childs v. Desormeaux*, 2006 SCC 18, [2006] 1 S.C.R. 643; *Hill v. Hamilton-Wentworth Regional Police Services Board*, 2007 SCC 41, [2007] 3 S.C.R. 129; *Canadian National Railway Co. v. Norsk Pacific Steamship Co.*, [1992] 1 S.C.R. 1021; *Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd. v. Saint John Shipbuilding Ltd.*, [1997] 3 S.C.R. 1210; *Fullowka v. Pinkerton's of Canada Ltd.*, 2010 SCC 5, [2010] 1 S.C.R. 132; *Heaslip Estate v. Mansfield Ski Club Inc.*, 2009 ONCA 594, 96 O.R. (3d) 401; *Eliopoulos Estate v. Ontario (Minister of Health and Long-Term Care)* (2006), 276 D.L.R. (4th) 411; *Just v. British Columbia*, [1989] 2 S.C.R. 1228; *Home Office v. Dorset Yacht Co.*, [1970] 2 W.L.R. 1140; *Brown v. British Columbia (Minister of Transportation and Highways)*, [1994] 1 S.C.R. 420; *Swinamer v. Nova Scotia (Attorney General)*, [1994] 1 S.C.R. 445; *Lewis (Guardian ad litem of) v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1145; *X v. Bedfordshire County Council*, [1995] 3 All E.R. 353; *Stovin v. Wise*, [1996] A.C. 923; *Barrett v. Enfield London Borough Council*, [2001] 2 A.C. 550; *Sutherland Shire Council v. Heyman* (1985), 157 C.L.R. 424; *Pyrenees Shire Council v. Day*, [1998] HCA 3, 192 C.L.R. 330; *Office of Personnel Management v. Richmond*, 496 U.S. 414 (1990); *United States v. Neustadt*, 366 U.S. 696 (1961); *Dalehite v. United States*, 346 U.S. 15 (1953); *United States v. Gaubert*, 499 U.S. 315 (1991); *Berkovitz v. United States*, 486 U.S. 531 (1988); *United States v. S.A. Empresa de Viacao Aerea Rio Grandense (Varig Airlines)*, 467 U.S. 797 (1984); *Design Services Ltd. v. Canada*, 2008 SCC 22, [2008] 1 S.C.R. 737; *Day v. Central Okanagan (Regional District)*, 2000 BCSC 1134, 79 B.C.L.R. (3d) 36; *Elias v. Headache and Pain Management Clinic*, 2008 CanLII 53133; *British Columbia v. Imperial Tobacco Canada Ltd.*, 2005 SCC 49, [2005] 2 S.C.R. 473; *Blackwater v. Plint*, 2005 SCC 58, [2005] 3 S.C.R. 3; *Parmley v. Parmley*, [1945] S.C.R. 635.

Jurisprudence

Arrêts appliqués : *Succession Odhayji c. Woodhouse*, 2003 CSC 69, [2003] 3 R.C.S. 263; *Hunt c. Carey Canada Inc.*, [1990] 2 R.C.S. 959; *Anns c. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728; *Cooper c. Hobart*, 2001 CSC 79, [2001] 3 R.C.S. 537; *Hercules Managements Ltd. c. Ernst & Young*, [1997] 2 R.C.S. 165; **arrêts mentionnés :** *Syl Apps Secure Treatment Centre c. B.D.*, 2007 CSC 38, [2007] 3 R.C.S. 83; *Procureur général du Canada c. Inuit Tapirisat of Canada*, [1980] 2 R.C.S. 735; *Donoghue c. Stevenson*, [1932] A.C. 562; *Hedley Byrne & Co. c. Heller & Partners, Ltd.*, [1963] 2 All E.R. 575; *Operation Dismantle Inc. c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 441; *Giffels Associates Ltd. c. Eastern Construction Co.*, [1978] 2 R.C.S. 1346; *Childs c. Desormeaux*, 2006 CSC 18, [2006] 1 R.C.S. 643; *Hill c. Commission des services policiers de la municipalité régionale de Hamilton-Wentworth*, 2007 CSC 41, [2007] 3 R.C.S. 129; *Cie des chemins de fer nationaux du Canada c. Norsk Pacific Steamship Co.*, [1992] 1 R.C.S. 1021; *Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd. c. Saint John Shipbuilding Ltd.*, [1997] 3 R.C.S. 1210; *Fullowka c. Pinkerton's of Canada Ltd.*, 2010 CSC 5, [2010] 1 R.C.S. 132; *Heaslip Estate c. Mansfield Ski Club Inc.*, 2009 ONCA 594, 96 O.R. (3d) 401; *Eliopoulos Estate c. Ontario (Minister of Health and Long-Term Care)* (2006), 276 D.L.R. (4th) 411; *Just c. Colombie-Britannique*, [1989] 2 R.C.S. 1228; *Home Office c. Dorset Yacht Co.*, [1970] 2 W.L.R. 1140; *Brown c. Colombie-Britannique (Ministre des Transports et de la Voirie)*, [1994] 1 R.C.S. 420; *Swinamer c. Nouvelle-Écosse (Procureur général)*, [1994] 1 R.C.S. 445; *Lewis (Tutrice à l'instance de) c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1145; *X c. Bedfordshire County Council*, [1995] 3 All E.R. 353; *Stovin c. Wise*, [1996] A.C. 923; *Barrett c. Enfield London Borough Council*, [2001] 2 A.C. 550; *Sutherland Shire Council c. Heyman* (1985), 157 C.L.R. 424; *Pyrenees Shire Council c. Day*, [1998] HCA 3, 192 C.L.R. 330; *Office of Personnel Management c. Richmond*, 496 U.S. 414 (1990); *United States c. Neustadt*, 366 U.S. 696 (1961); *Dalehite c. United States*, 346 U.S. 15 (1953); *United States c. Gaubert*, 499 U.S. 315 (1991); *Berkovitz c. United States*, 486 U.S. 531 (1988); *United States c. S.A. Empresa de Viacao Aerea Rio Grandense (Varig Airlines)*, 467 U.S. 797 (1984); *Design Services Ltd. c. Canada*, 2008 CSC 22, [2008] 1 R.C.S. 737; *Day c. Central Okanagan (Regional District)*, 2000 BCSC 1134, 79 B.C.L.R. (3d) 36; *Elias c. Headache and Pain Management Clinic*, 2008 CanLII 53133; *Colombie-Britannique c. Imperial Tobacco Canada Ltée*, 2005 CSC 49, [2005] 2 R.C.S. 473; *Blackwater c. Plint*, 2005 CSC 58, [2005] 3 R.C.S. 3; *Parmley c. Parmley*, [1945] R.C.S. 635.

Statutes and Regulations Cited

Business Practices and Consumer Protection Act, S.B.C. 2004, c. 2, s. 1(1) “supplier”.
Department of Agriculture and Agri-Food Act, R.S.C. 1985, c. A-9, s. 4.
Department of Health Act, S.C. 1996, c. 8, s. 4(1).
Federal Tort Claims Act, 28 U.S.C. §§2680(a), (h).
Health Care Costs Recovery Act, S.B.C. 2008, c. 27, ss. 8(1), 24(3)(b).
Negligence Act, R.S.B.C. 1996, c. 333.
Supreme Court Civil Rules, B.C. Reg. 168/2009, r. 9-5.
Supreme Court Rules, B.C. Reg. 221/90, rr. 19(24), (27).
Tobacco Act, S.C. 1997, c. 13, s. 4.
Tobacco Damages and Health Care Costs Recovery Act, S.B.C. 2000, c. 30, ss. 1(1) “manufacture”, “manufacturer”, 2, 3(3)(b).
Tobacco Products Control Act, R.S.C. 1985, c. 14 (4th Supp.), s. 3 [rep. 1997, c. 13, s. 64].
Trade Practice Act, R.S.B.C. 1996, c. 457, s. 1 “supplier”.

Authors Cited

British Columbia. *Official Report of Debates of the Legislative Assembly (Hansard)*, vol. 20, 4th Sess., 36th Parl., June 7, 2000, p. 16314.
New Oxford Dictionary of English. Oxford: Clarendon Press, 1998, “policy”.

APPEAL and CROSS-APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Hall, Saunders, Lowry, Tysoe and Smith J.J.A.), 2009 BCCA 541, 99 B.C.L.R. (4th) 93, 313 D.L.R. (4th) 695, [2010] 2 W.W.R. 9, 280 B.C.A.C. 160, 474 W.A.C. 160, [2009] B.C.J. No. 2445 (QL), 2009 CarswellBC 3300, reversing in part a decision of Satanove J. striking out third-party notices, 2007 BCSC 964, 76 B.C.L.R. (4th) 100, [2008] 4 W.W.R. 156, [2007] B.C.J. No. 1461 (QL), 2007 CarswellBC 1806 (*sub nom. Knight v. Imperial Tobacco Canada Ltd.*). Appeal allowed and cross-appeal dismissed.

APPEAL and CROSS-APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Hall, Saunders, Lowry, Tysoe and Smith J.J.A.), 2009 BCCA 540, 98 B.C.L.R. (4th) 201, 313 D.L.R. (4th) 651, [2010] 2 W.W.R. 385, 280 B.C.A.C. 100, 474 W.A.C. 100, [2009] B.C.J. No. 2444 (QL), 2009 CarswellBC 3307, reversing in part a decision of Wedge J. striking out third-party notices,

Lois et règlements cités

Business Practices and Consumer Protection Act, S.B.C. 2004, ch. 2, art. 1(1) « *supplier* ».
Federal Tort Claims Act, 28 U.S.C. §§2680a), (h).
Health Care Costs Recovery Act, S.B.C. 2008, ch. 27, art. 8(1), 24(3)b).
Loi réglementant les produits du tabac, L.R.C. 1985, ch. 14 (4^e suppl.), art. 3 [abr. 1997, ch. 13, art. 64].
Loi sur le ministère de l'Agriculture et de l'Agroalimentaire, L.R.C. 1985, ch. A-9, art. 4.
Loi sur le ministère de la Santé, L.C. 1996, ch. 8, art. 4(1).
Loi sur le tabac, L.C. 1997, ch. 13, art. 4.
Negligence Act, R.S.B.C. 1996, ch. 333.
Supreme Court Civil Rules, B.C. Reg. 168/2009, r. 9-5.
Supreme Court Rules, B.C. Reg. 221/90, r. 19(24), (27).
Tobacco Damages and Health Care Costs Recovery Act, S.B.C. 2000, ch. 30, art. 1(1) « *manufacture* », « *manufacturer* », 2, 3(3)b).
Trade Practice Act, R.S.B.C. 1996, ch. 457, art. 1 « *supplier* ».

Doctrine citée

Colombie-Britannique. *Official Report of Debates of the Legislative Assembly (Hansard)*, vol. 20, 4th Sess., 36th Parl., June 7, 2000, p. 16314.
Multidictionnaire de la langue française, 5^e éd. Montréal : Québec Amérique, 2009, « *politique* ».

POURVOI et POURVOI INCIDENT contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (les juges Hall, Saunders, Lowry, Tysoe et Smith), 2009 BCCA 541, 99 B.C.L.R. (4th) 93, 313 D.L.R. (4th) 695, [2010] 2 W.W.R. 9, 280 B.C.A.C. 160, 474 W.A.C. 160, [2009] B.C.J. No. 2445 (QL), 2009 CarswellBC 3300, qui a infirmé en partie une décision de la juge Satanove qui a ordonné la radiation des avis de mise en cause, 2007 BCSC 964, 76 B.C.L.R. (4th) 100, [2008] 4 W.W.R. 156, [2007] B.C.J. No. 1461 (QL), 2007 CarswellBC 1806 (*sub nom. Knight c. Imperial Tobacco Ltd.*). Pourvoi accueilli et pourvoi incident rejeté.

POURVOI et POURVOI INCIDENT contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (les juges Hall, Saunders, Lowry, Tysoe et Smith), 2009 BCCA 540, 98 B.C.L.R. (4th) 201, 313 D.L.R. (4th) 651, [2010] 2 W.W.R. 385, 280 B.C.A.C. 100, 474 W.A.C. 100, [2009] B.C.J. No. 2444 (QL), 2009 CarswellBC 3307, qui a infirmé en partie une décision de la juge Wedge qui a ordonné la radiation des

2008 BCSC 419, 82 B.C.L.R. (4th) 362, 292 D.L.R. (4th) 353, [2008] 12 W.W.R. 241, [2008] B.C.J. No. 609 (QL), 2008 CarswellBC 687 (*sub nom. British Columbia v. Imperial Tobacco Canada Ltd.*). Appeal allowed and cross-appeal dismissed.

John S. Tyhurst, Paul Vickery and Travis Henderson, for the appellant/respondent on cross-appeal Her Majesty the Queen in Right of Canada (33559).

Paul Vickery, John S. Tyhurst and Travis Henderson, for the appellant/respondent on cross-appeal the Attorney General of Canada (33563).

Deborah Glendining and Nada Khirdaji, for the respondent/appellant on cross-appeal Imperial Tobacco Canada Limited (33559).

Ryan D. W. Dalziel and Daniel A. Webster, Q.C., for the respondent Her Majesty the Queen in Right of British Columbia (33563).

John J. L. Hunter, Q.C., and *Brent B. Olthuis*, for the respondent/appellant on cross-appeal Imperial Tobacco Canada Limited (33563).

Written submissions only by *Kenneth N. Affleck, Q.C.*, for the respondents/appellants on cross-appeal Rothmans, Benson & Hedges Inc. and Rothmans Inc. (33563).

Written submissions only by *Jeffrey J. Kay, Q.C.*, for the respondents/appellants on cross-appeal JTI-MacDonald Corp., R.J. Reynolds Tobacco Company and R.J. Reynolds Tobacco International Inc. (33563).

Written submissions only by *Craig P. Dennis* and *Michael D. Shirreff*, for the respondents/appellants on cross-appeal B.A.T. Industries p.l.c. and British American Tobacco (Investments) Limited (33563).

Written submissions only by *Christopher M. Rusnak*, for the respondent/appellant on cross-appeal Carreras Rothmans Limited (33563).

Written submissions only by *D. Ross Clark*, for the respondent/appellant on cross-appeal Philip Morris U.S.A. Inc. (33563).

avis de mise en cause, 2008 BCSC 419, 82 B.C.L.R. (4th) 362, 292 D.L.R. (4th) 353, [2008] 12 W.W.R. 241, [2008] B.C.J. No. 609 (QL), 2008 CarswellBC 687 (*sub nom. British Columbia c. Imperial Tobacco Canada Ltd.*). Pourvoi accueilli et pourvoi incident rejeté.

John S. Tyhurst, Paul Vickery et Travis Henderson, pour l'appelante/intimée au pourvoi incident Sa Majesté la Reine du chef du Canada (33559).

Paul Vickery, John S. Tyhurst et Travis Henderson, pour l'appellant/intimé au pourvoi incident le procureur général du Canada (33563).

Deborah Glendining et Nada Khirdaji, pour l'intimée/appelante au pourvoi incident Imperial Tobacco Canada Limitée (33559).

Ryan D. W. Dalziel et Daniel A. Webster, c.r., pour l'intimée Sa Majesté la Reine du chef de la Colombie-Britannique (33563).

John J. L. Hunter, c.r., et *Brent B. Olthuis*, pour l'intimée/appelante au pourvoi incident Imperial Tobacco Canada Limitée (33563).

Argumentation écrite seulement par *Kenneth N. Affleck, c.r.*, pour les intimées/appelantes au pourvoi incident Rothmans, Benson & Hedges Inc. et Rothmans Inc. (33563).

Argumentation écrite seulement par *Jeffrey J. Kay, c.r.*, pour les intimées/appelantes au pourvoi incident JTI-MacDonald Corp., R.J. Reynolds Tobacco Company et R.J. Reynolds Tobacco International Inc. (33563).

Argumentation écrite seulement par *Craig P. Dennis* et *Michael D. Shirreff*, pour les intimées/appelantes au pourvoi incident B.A.T. Industries p.l.c. et British American Tobacco (Investments) Limited (33563).

Argumentation écrite seulement par *Christopher M. Rusnak*, pour l'intimée/appelante au pourvoi incident Carreras Rothmans Limited (33563).

Argumentation écrite seulement par *D. Ross Clark*, pour l'intimée/appelante au pourvoi incident Philip Morris U.S.A. Inc. (33563).

Simon V. Potter, Michael A. Feder and Angela M. Juba, for the respondent/appellant on cross-appeal Philip Morris International Inc. (33563).

Malliha Wilson and Lynne McArdle, for the intervener the Attorney General of Ontario (33559-33563).

Jeffrey S. Leon, Robyn M. Ryan Bell and Michael A. Eizenga, for the intervener Her Majesty the Queen in Right of the Province of New Brunswick (33563).

Nancy Brown, for the intervener the Attorney General of British Columbia (33559-33563).

The judgment of the Court was delivered by

THE CHIEF JUSTICE —

TABLE OF CONTENTS

	<u>Paragraph</u>
I. <u>Introduction</u>	1
II. <u>Underlying Claims and Judicial History</u> ...	6
A. <i>The Knight Case</i>	6
B. <i>The Costs Recovery Case</i>	11
III. <u>Issues Before the Court</u>	15
IV. <u>Analysis</u>	17
A. <i>The Test for Striking Out Claims</i>	17
B. <i>Canada's Alleged Duties of Care to Smokers in the Costs Recovery Case</i>	27
C. <i>The Claims for Negligent Misrepresentation</i>	32
(1) <u>Stage One: Proximity and Foreseeability</u>	40
(2) <u>Stage Two: Conflicting Policy Considerations</u>	61

Simon V. Potter, Michael A. Feder et Angela M. Juba, pour l'intimée/appelante au pourvoi incident Philip Morris International Inc. (33563).

Malliha Wilson et Lynne McArdle, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario (33559-33563).

Jeffrey S. Leon, Robyn M. Ryan Bell et Michael A. Eizenga, pour l'intervenante Sa Majesté la Reine du chef de la province du Nouveau-Brunswick (33563).

Nancy Brown, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique (33559-33563).

Version française du jugement de la Cour rendu par

LA JUGE EN CHEF —

TABLE DES MATIÈRES

	<u>Paragraphe</u>
I. <u>Introduction</u>	1
II. <u>Demandes initiales et historique judiciaire</u>	6
A. <i>L'Affaire Knight</i>	6
B. <i>L'Affaire du recouvrement des coûts</i>	11
III. <u>Questions en litige</u>	15
IV. <u>Analyse</u>	17
A. <i>Le critère applicable à la radiation d'une demande</i>	17
B. <i>Les prétendues obligations de diligence du Canada envers les fumeurs dans l'Affaire du recouvrement des coûts</i>	27
C. <i>Les demandes fondées sur des déclarations inexactes faites par négligence</i>	32
(1) <u>Première étape de l'analyse : le lien de proximité et la prévisibilité</u>	40
(2) <u>Deuxième étape de l'analyse : considérations de politique générale opposées</u>	61

(a) <i>Government Policy Decisions</i>	63	a) <i>Décisions de politique générale du gouvernement</i>	63
(i) <u>Conduct at Issue</u>	67	(i) <u>La conduite en cause</u>	67
(ii) <u>Relevance of Evidence</u>	68	(ii) <u>La pertinence de la preuve</u>	68
(iii) <u>What Constitutes a Policy Decision Immune From Judicial Review?</u>	72	(iii) <u>Les décisions de politique générale soustraites au contrôle judiciaire</u>	72
(iv) <u>Conclusion on the Policy Argument</u>	92	(iv) <u>Conclusion sur l'argument relatif à la politique générale</u> ...	92
(b) <i>Indeterminate Liability</i>	97	b) <i>Responsabilité indéterminée</i>	97
(c) <i>Summary on Stage-Two Policy Arguments</i>	102	c) <i>Résumé quant aux arguments de politique générale soulevés à la deuxième étape de l'analyse</i>	102
D. <i>Failure to Warn</i>	103	D. <i>Le défaut de mise en garde</i>	103
(1) <u>Labelling Claim</u>	104	(1) <u>L'allégation relative à l'étiquetage</u> ...	104
(2) <u>Failure to Warn Imperial About Health Hazards</u>	106	(2) <u>Le défaut de mettre Imperial en garde contre les dangers pour la santé</u>	106
E. <i>Negligent Design</i>	110	E. <i>La conception négligente</i>	110
(1) <u>Prima Facie Duty of Care</u>	112	(1) <u>Obligation de diligence prima facie</u>	112
(2) <u>Stage-Two Policy Considerations</u>	116	(2) <u>Considérations de politique générale soulevées à la deuxième étape de l'analyse</u>	116
F. <i>The Direct Claims Under the Costs Recovery Acts</i>	117	F. <i>Les allégations directes faites en vertu des lois sur le recouvrement des coûts</i>	117
(1) <u>Could Canada Qualify as a Manufacturer Under the Tobacco Damages and Health Care Costs Recovery Act?</u>	121	(1) <u>Le Canada peut-il être un fabricant au sens de la Tobacco Damages and Health Care Costs Recovery Act?</u>	121
(a) <i>Text of the Statute</i>	122	a) <i>Le texte de la loi</i>	122
(b) <i>Legislative Intention</i>	127	b) <i>L'intention du législateur</i>	127

(c) <i>Broader Context</i>	129	c) <i>Le contexte plus général</i>	129
(d) <i>Summary</i>	132	d) <i>Résumé</i>	132
(2) <u>Could Canada Be Found Liable Under the <i>Health Care Costs Recovery Act</i>?</u>	133	(2) <u>Le Canada peut-il être tenu responsable en vertu de la <i>Health Care Costs Recovery Act</i>?</u>	133
(3) <u>Could Canada Be Liable for Contribution Under the <i>Negligence Act</i> if It Is Not Directly Liable to British Columbia?</u>	135	(3) <u>Le Canada peut-il être tenu à une contribution en application de la <i>Negligence Act</i> s'il n'est pas directement responsable envers la Colombie-Britannique?</u>	135
(4) <u>Could Canada Be Liable for Common Law Contribution?</u>	138	(4) <u>Le Canada peut-il être tenu en common law de verser une contribution?</u>	138
G. <i>Liability Under the Trade Practice Act and the Business Practices and Consumer Protection Act</i>	140	G. <i>Responsabilité en vertu de la Trade Practice Act et de la Business Practices and Consumer Protection Act</i>	140
H. <i>The Claim for Equitable Indemnity</i>	146	H. <i>La demande d'indemnité fondée sur l'equity</i>	146
I. <i>Procedural Considerations</i>	149	I. <i>Considérations d'ordre procédural</i>	149
V. <u>Conclusion</u>	151	V. <u>Conclusion</u>	151

I. Introduction

[1] Imperial Tobacco Canada Ltd. (“Imperial”) is a defendant in two cases before the courts in British Columbia, *British Columbia v. Imperial Tobacco Canada Ltd.*, Docket: S010421, and *Knight v. Imperial Tobacco Canada Ltd.*, Docket: L031300. In the first case, the Government of British Columbia is seeking to recover the cost of paying for the medical treatment of individuals suffering from tobacco-related illnesses from a group of 14 tobacco companies, including Imperial (“*Costs Recovery case*”). The second case is a class action brought against Imperial alone by Mr. Knight on behalf of class members who purchased “light” or “mild” cigarettes, seeking a refund of the cost

I. Introduction

[1] Imperial Tobacco Canada Limitée (« Imperial ») est défenderesse dans deux actions intentées devant les tribunaux de la Colombie-Britannique, soit *British Columbia c. Imperial Tobacco Canada Ltd.*, dossier : S010421, et *Knight c. Imperial Tobacco Canada Ltd.*, dossier : L031300. Dans la première, le gouvernement de la Colombie-Britannique cherche à recouvrer d'un groupe de 14 compagnies de tabac, dont Imperial, les sommes consacrées au traitement médical de personnes souffrant de maladies liées au tabagisme (l'« *Affaire du recouvrement des coûts* »). Dans la deuxième action, un recours collectif intenté contre Imperial uniquement, M. Knight, au nom

of the cigarettes and punitive damages (“*Knight case*”).

[2] In both cases, the tobacco companies issued third-party notices to the Government of Canada, alleging that if the tobacco companies are held liable to the plaintiffs, they are entitled to compensation from Canada for negligent misrepresentation, negligent design, and failure to warn, as well as at equity. They also allege that Canada would itself be liable under the statutory schemes at issue in the two cases. In the *Costs Recovery* case, it is alleged that Canada would be liable under the *Tobacco Damages and Health Care Costs Recovery Act*, S.B.C. 2000, c. 30 (“*CRA*”), as a “manufacturer”. In the *Knight* case, it is alleged that Canada would be liable as a “supplier” under the *Business Practices and Consumer Protection Act*, S.B.C. 2004, c. 2 (“*BPCPA*”), and its predecessor, the *Trade Practice Act*, R.S.B.C. 1996, c. 457 (“*TPA*”).

[3] In both cases, Canada brought motions to strike the third party notices under r. 19(24) of the *Supreme Court Rules*, B.C. Reg. 221/90 (replaced by the *Supreme Court Civil Rules*, B.C. Reg. 168/2009, r. 9-5), arguing that it was plain and obvious that the third-party claims failed to disclose a reasonable cause of action. In both cases, the chambers judges agreed with Canada, and struck all of the third-party notices. The British Columbia Court of Appeal allowed the tobacco companies’ appeals in part. A majority of 3-2 held that the negligent misrepresentation claims arising from Canada’s alleged duty of care to the tobacco companies in both the *Costs Recovery* case and the *Knight* case should proceed to trial. A majority in the *Knight* case further held that the negligent misrepresentation claim based on Canada’s alleged duty of care to consumers should proceed, as should the negligent design claims in the *Knight* case. The court unanimously

des autres membres qui ont acheté des cigarettes dites « légères » ou « douces », demande le remboursement du coût des cigarettes ainsi que le versement de dommages-intérêts punitifs (l’« *Affaire Knight* »).

[2] Dans les deux affaires, les compagnies de tabac ont mis en cause le gouvernement du Canada, prétendant que si elles sont tenues responsables envers les demandeurs, elles ont le droit d’être indemnisées par le Canada pour déclarations inexactes faites par négligence, pour conception négligente et défaut de mise en garde; elles fondent aussi leur demande sur l’équité. Elles font également valoir que le Canada aurait engagé sa propre responsabilité au titre des régimes législatifs invoqués dans ces deux affaires. Dans l’*Affaire du recouvrement des coûts*, elles invoquent sa responsabilité, à titre de [TRADUCTION] « fabricant », aux termes de la *Tobacco Damages and Health Care Costs Recovery Act*, S.B.C. 2000, ch. 30 (« *CRA* »). Dans l’*Affaire Knight*, c’est à titre de [TRADUCTION] « fournisseur » que le Canada serait responsable, aux termes de la *Business Practices and Consumer Protection Act*, S.B.C. 2004, ch. 2 (« *BPCPA* ») et de la loi qui l’a précédée, la *Trade Practice Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 457 (« *TPA* »).

[3] Dans les deux affaires, le Canada a présenté des requêtes en radiation des avis de mise en cause en vertu du par. 19(24) des *Supreme Court Rules*, B.C. Reg. 221/90 (remplacé par la règle 9-5 des *Supreme Court Civil Rules*, B.C. Reg. 168/2009), faisant valoir qu’il était évident et manifeste que ces avis ne révélaient aucune cause d’action raisonnable. Les juges siégeant en cabinet, faisant droit aux requêtes du Canada dans les deux actions, ont ordonné la radiation de tous les avis de mise en cause. La Cour d’appel de la Colombie-Britannique a accueilli en partie les appels interjetés par les compagnies de tabac. À trois voix contre deux, les juges majoritaires ont conclu à l’opportunité d’instruire, dans l’*Affaire du recouvrement des coûts* et dans l’*Affaire Knight*, les demandes relatives aux déclarations inexactes faites par négligence en violation d’une prétendue obligation de diligence du Canada envers les compagnies de tabac. Dans l’*Affaire Knight*, les juges majoritaires ont conclu en

struck the remainder of the tobacco companies' claims.

[4] The Government of Canada appeals the finding that the claims for negligent misrepresentation and the claim for negligent design should be allowed to go to trial. The tobacco companies cross-appeal the striking of the other claims.

[5] For the reasons that follow, I conclude that all the claims of Imperial and the other tobacco companies brought against the Government of Canada are bound to fail, and should be struck. I would allow the appeals of the Government of Canada in both cases and dismiss the cross-appeals.

II. Underlying Claims and Judicial History

A. *The Knight Case*

[6] In the *Knight* case, consumers in British Columbia have brought a class action against Imperial under the *BPCPA* and its predecessor, the *TPA*. The class consists of consumers of light or mild cigarettes. It alleges that Imperial engaged in deceptive practices when it promoted low-tar cigarettes as less hazardous to the health of consumers. The class alleges that the levels of tar and nicotine listed on Imperial's packages for light and mild cigarettes did not reflect the actual deliveries of toxic emissions to smokers, and alleges that the smoke produced by light cigarettes was just as harmful as that produced by regular cigarettes. The class seeks reimbursement of the cost of the cigarettes purchased, and punitive damages.

outré à l'opportunité d'instruire la demande relative aux déclarations inexactes faites par négligence fondée sur une prétendue obligation de diligence du Canada envers les consommateurs, ainsi que la demande relative à la conception négligente dans l'*Affaire Knight*. La cour a radié à l'unanimité les autres demandes présentées par les compagnies de tabac.

[4] Le gouvernement du Canada en appelle de la décision de permettre l'instruction des demandes pour déclarations inexactes faites par négligence et pour conception négligente. Les compagnies de tabac forment un appel incident à l'égard de la radiation des autres demandes.

[5] Pour les motifs qui suivent, je conclus que toutes les demandes introduites par Imperial et les autres compagnies de tabac à l'encontre du gouvernement du Canada sont vouées à l'échec et doivent être radiées. Je suis d'avis d'accueillir les appels du gouvernement du Canada dans les deux affaires et de rejeter les appels incidents.

II. Demands initiales et historique judiciaire

A. *L'Affaire Knight*

[6] Dans l'*Affaire Knight*, un groupe de consommateurs de la Colombie-Britannique, composé de fumeurs de cigarettes légères ou douces, a intenté un recours collectif contre Imperial en vertu de la *BPCPA* et de la loi qui l'a précédée, la *TPA*. Ces consommateurs prétendent qu'Imperial s'est livrée à des pratiques trompeuses en présentant les cigarettes à teneur réduite en goudron comme un choix moins nuisible à la santé des consommateurs que les autres cigarettes. Selon eux, la teneur en goudron et en nicotine indiquée sur les paquets de cigarettes légères et douces fabriquées par Imperial ne correspondait pas aux émissions toxiques réelles pour les fumeurs. Ils font valoir que la fumée dégagée par les cigarettes légères était tout aussi néfaste que celle dégagée par les cigarettes régulières. Ils réclament le remboursement du coût d'achat des cigarettes ainsi que des dommages-intérêts punitifs.

[7] Imperial issued a third-party notice against Canada. It alleges that Health Canada advised tobacco companies and the public that low-tar cigarettes were less hazardous than regular cigarettes. Imperial alleges that while Health Canada was initially opposed to the use of health warnings on cigarette packaging, it changed its policy in 1967. It instructed smokers to switch to low-tar cigarettes if they were unwilling to quit smoking altogether, and it asked tobacco companies to voluntarily list the tar and nicotine levels on their advertisements to encourage consumers to purchase low-tar brands. Contrary to expectations, it now appears that low-tar cigarettes are potentially more harmful to smokers.

[8] Imperial also alleges that Agriculture Canada researched, developed, manufactured, and licensed several strains of low-tar tobacco, and collected royalties from the companies, including Imperial, that used these strains. By 1982, Imperial pleads, the tobacco strains developed by Agriculture Canada were “almost the only tobacco varieties available to Canadian tobacco manufacturers” (*Knight* case, amended third-party notice of Imperial, at para. 97).

[9] Imperial makes five allegations against Canada:

- (1) Canada is itself liable under the *BPCPA* and the *TPA* as a “supplier” of tobacco products that engaged in deceptive practices, and Imperial is entitled to contribution and indemnity from Canada pursuant to the provisions of the *Negligence Act*, R.S.B.C. 1996, c. 333.
- (2) Canada breached private law duties to consumers by negligently misrepresenting the health attributes of low-tar cigarettes, by failing to warn them against the hazards of low-tar cigarettes, and by failing to design its tobacco

[7] Par voie d’avis, Imperial a mis en cause le gouvernement du Canada. Selon elle, Santé Canada aurait informé les compagnies de tabac et le public que les cigarettes à teneur réduite en goudron étaient moins nuisibles que les cigarettes régulières. Imperial fait valoir que Santé Canada s’était d’abord opposé à l’impression de mises en garde relatives à la santé sur les paquets de cigarettes avant de changer sa politique en 1967. Le ministère invitait les fumeurs ne souhaitant pas cesser de fumer à consommer des cigarettes à teneur réduite en goudron et a demandé aux compagnies de tabac de révéler volontairement les quantités de goudron et de nicotine dans leurs publicités afin d’encourager les consommateurs à acheter des marques à faible teneur en goudron. Contre toute attente, il appert maintenant que ces cigarettes seraient peut-être plus nuisibles à la santé des fumeurs que les autres.

[8] Imperial prétend également qu’Agriculture Canada a protégé par licences plusieurs souches de tabac à teneur réduite en goudron — cultivées par lui après des travaux de recherche et de développement — et a perçu des redevances des compagnies, dont Imperial, qui utilisaient ses souches. Selon Imperial, en 1982, les souches d’Agriculture Canada représentaient [TRADUCTION] « presque les seules variétés dont disposaient les fabricants canadiens de produits du tabac » (*l’Affaire Knight*, avis de mise en cause modifié d’Imperial, par. 97).

[9] Imperial formule contre le Canada les cinq allégations suivantes :

- (1) La responsabilité du Canada lui-même est engagée aux termes de la *BPCPA* et de la *TPA* à titre de [TRADUCTION] « fournisseur » de produits du tabac puisqu’il s’est livré à des pratiques trompeuses, et Imperial a le droit, aux termes de la *Negligence Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 333, de réclamer au Canada une contribution et une indemnisation.
- (2) Le Canada a manqué à ses obligations de droit privé envers les consommateurs en faisant par négligence des déclarations inexactes au sujet de l’effet, sur la santé, des cigarettes à teneur réduite en goudron, en faisant défaut de les

strain with due care. Consequently, Imperial alleges that it is entitled to contribution and indemnity from Canada under the *Negligence Act*.

- (3) Canada breached its private law duties to Imperial by negligently misrepresenting the health attributes of low-tar cigarettes, by failing to warn Imperial about the hazards of low-tar cigarettes, and by failing to design its tobacco strain with due care. Imperial alleges that it is entitled to damages against Canada to the extent of any liability Imperial may have to the class members.
- (4) In the alternative, Canada is obliged to indemnify Imperial under the doctrine of equitable indemnity.
- (5) If Canada is not liable to Imperial under any of the above claims, Imperial is entitled to declaratory relief against Canada so that it will remain a party to the action and be subject to discovery procedures under the *Supreme Court Rules*.

[10] Canada brought an application to strike the third-party claims. It was successful before Satanove J. in the Supreme Court of British Columbia (2007 BCSC 964, 76 B.C.L.R. (4th) 100). The chambers judge struck all of the claims against Canada. Imperial was partially successful in the Court of Appeal (2009 BCCA 541, 99 B.C.L.R. (4th) 93). The Court of Appeal unanimously struck the statutory claim, the claim of negligent design between Canada and Imperial, and the equitable indemnity claim. However, the majority, *per* Tysoe J.A., held that the two negligent misrepresentation claims and the negligent design claim between Canada and consumers should be allowed to proceed. The majority reasons did not address the

mettre en garde contre les risques associés à ces produits et en ne faisant pas preuve de diligence raisonnable dans la conception de sa souche de tabac. Par conséquent, Imperial se dit en droit d'obtenir du Canada une contribution et une indemnisation en vertu de la *Negligence Act*.

- (3) Le Canada a manqué à ses obligations de droit privé envers Imperial en faisant par négligence des déclarations inexactes au sujet de l'effet, sur la santé, des cigarettes à teneur réduite en goudron, en faisant défaut de mettre en garde Imperial contre les risques associés à ces produits et en ne faisant pas preuve de diligence raisonnable dans la conception de sa souche de tabac. Imperial se dit en droit de réclamer au Canada des dommages-intérêts dans la mesure de leur responsabilité envers les membres du groupe.
- (4) Subsidiairement, le Canada est tenu en equity d'indemniser Imperial.
- (5) Si la responsabilité du Canada envers Imperial n'est reconnue à l'égard d'aucune des allégations précédentes, Imperial peut obtenir un jugement déclarant que le Canada reste partie au litige, ce qui le soumettra aux obligations de communication préalable de la preuve prévues aux *Supreme Court Rules*.

[10] Par requête, le Canada a demandé et obtenu de la juge Satanove de la Cour suprême de la Colombie-Britannique la radiation des avis de mise en cause (2007 BCSC 964, 76 B.C.L.R. (4th) 100). La juge siégeant en cabinet a radié toutes les demandes formées contre le Canada. Imperial a eu partiellement gain de cause devant la Cour d'appel (2009 BCCA 541, 99 B.C.L.R. (4th) 93). Les juges de cette cour ont radié à l'unanimité la demande relative aux manquements aux obligations légales, la demande relative à la conception négligente qui oppose Imperial au Canada, ainsi que la demande d'indemnisation en equity. Au nom des juges majoritaires, le juge Tysoe a permis l'instruction des deux demandes concernant les déclarations

failure to warn claim. Hall J.A., dissenting, would have struck all the third-party claims.

B. *The Costs Recovery Case*

[11] The Government of British Columbia has brought a claim under the *CRA* to recover the expense of treating tobacco-related illnesses caused by “tobacco related wrong[s]”. Under the *CRA*, manufacturers of tobacco products are liable to the province directly. The claim was brought against 14 tobacco companies. British Columbia alleges that by 1950, these tobacco companies knew or ought to have known that cigarettes were harmful to one’s health, and that they failed to properly warn the public about the risks associated with smoking their product.

[12] Various defendants in the *Costs Recovery* case, including Imperial, brought third-party notices against Canada for its alleged role in the tobacco industry. I refer to them collectively as the “tobacco companies”. The allegations in this claim are strikingly similar to those in the *Knight* case. The tobacco companies plead that Health Canada advised them and the public that low-tar cigarettes were less hazardous and instructed smokers that they should quit smoking or purchase low-tar cigarettes. The tobacco companies allege that Canada was initially opposed to the use of warning labels on cigarette packaging, but ultimately instructed the industry that warning labels should be used and what they should say. The tobacco companies also plead that Agriculture Canada researched, developed, manufactured and licensed the strains of low-tar tobacco which they used for their cigarettes in exchange for royalties.

inexactes faites par négligence et de celle portant sur la conception négligente opposant le Canada et les consommateurs. Les juges majoritaires n’ont pas traité de la demande relative au défaut de mise en garde. Le juge Hall, dissident, aurait radié toutes les demandes de mise en cause.

B. *L’Affaire du recouvrement des coûts*

[11] Le gouvernement de la Colombie-Britannique a demandé aux termes de la *CRA* de recouvrer les sommes consacrées au traitement des maladies liées au tabagisme découlant d’une [TRADUCTION] « faute d’un fabricant ». Cette loi prévoit que les fabricants de produits du tabac sont tenus de verser ces sommes directement à la province. La demande visait 14 compagnies de tabac. Selon la Colombie-Britannique, dès 1950, ces compagnies de tabac savaient ou auraient dû savoir que les cigarettes étaient néfastes pour la santé et ont fait défaut de mettre le public en garde adéquatement contre les risques associés à l’usage de leur produit.

[12] Divers défendeurs dans l’*Affaire du recouvrement des coûts*, dont Imperial, ont mis en cause le Canada pour le rôle qu’il aurait joué dans l’industrie du tabac. Je les désigne collectivement comme les « compagnies de tabac ». Les allégations contenues dans l’avis présentent une similitude frappante avec celles formulées dans l’*Affaire Knight*. Les compagnies de tabac font valoir que Santé Canada les aurait informées, ainsi que le public, de l’effet moins nuisible des cigarettes à teneur réduite en goudron par rapport aux cigarettes régulières et aurait conseillé aux fumeurs d’abandonner le tabagisme ou d’acheter des cigarettes à teneur réduite en goudron. Les compagnies de tabac prétendent que, bien qu’initialement opposé à l’impression de mises en garde sur les paquets de cigarettes, le Canada a fini par l’exiger et a déterminé les renseignements qui devaient y figurer. Les compagnies de tabac plaident également qu’Agriculture Canada avait protégé par licences les souches de tabac à teneur réduite en goudron — cultivées par lui après des travaux de recherche et de développement — que les compagnies utilisaient dans la fabrication des cigarettes en échange du paiement de redevances.

[13] The tobacco companies brought the following claims against Canada:

- (1) Canada is itself liable under the *CRA* as a “manufacturer” of tobacco products, and the tobacco companies are entitled to contribution and indemnity from Canada pursuant to the *Negligence Act*.
- (2) Canada breached private law duties to consumers for failure to warn, negligent design, and negligent misrepresentation, and the tobacco companies are entitled to contribution and indemnity from Canada to the extent of any liability they may have to British Columbia under the *CRA*.
- (3) Canada breached its private law duties owed to the tobacco companies for failure to warn and negligent design, and negligently misrepresented the attributes of low-tar cigarettes. The tobacco companies allege that they are entitled to damages against Canada to the extent of any liability they may have to British Columbia under the *CRA*.
- (4) In the alternative, Canada is obliged to indemnify the tobacco companies under the doctrine of equitable indemnity.
- (5) If Canada is not liable to the tobacco companies under any of the above claims, they are entitled to declaratory relief.

[14] Canada was successful before the chambers judge, Wedge J., who struck all of the claims (2008 BCSC 419, 82 B.C.L.R. (4th) 362). In the Court of Appeal, the majority, *per* Tysoe J.A., allowed the negligent misrepresentation claim between Canada and the tobacco companies to proceed (2009 BCCA 540, 98 B.C.L.R. (4th) 201). Hall J.A.,

[13] Les compagnies de tabac ont formulé contre le Canada les allégations suivantes :

- (1) La responsabilité du Canada lui-même est engagée aux termes de la *CRA* à titre de [TRA-DUCTION] « fabricant » de produits du tabac, et les compagnies de tabac ont le droit, en vertu de la *Negligence Act*, de réclamer au Canada une contribution et une indemnisation.
- (2) Le Canada a manqué à ses obligations de droit privé envers les consommateurs en raison du défaut de mise en garde, de la conception négligente et de déclarations inexactes faites par négligence. De plus, les compagnies de tabac sont en droit de réclamer du Canada contribution et indemnisation dans la mesure de leur responsabilité envers la Colombie-Britannique suivant la *CRA*.
- (3) Le Canada a manqué à ses obligations de droit privé envers les compagnies de tabac en raison du défaut de mise en garde, de la conception négligente et de déclarations inexactes faites par négligence au sujet de l’effet, sur la santé, des cigarettes à faible teneur en goudron. Les compagnies de tabac se disent en droit de réclamer au Canada des dommages-intérêts dans la mesure de leur responsabilité envers la Colombie-Britannique au titre de la *CRA*.
- (4) Subsidiairement, le Canada est tenu d’indemniser en equity les compagnies de tabac.
- (5) Si la responsabilité du Canada envers les compagnies de tabac n’est retenue à l’égard d’aucune des allégations précédentes, les compagnies de tabac ont droit à une réparation de nature déclaratoire.

[14] La juge Wedge, siégeant en cabinet, a fait droit à toutes les requêtes en radiation présentées par le Canada (2008 BCSC 419, 82 B.C.L.R. (4th) 362). Les juges majoritaires de la Cour d’appel, sous la plume du juge Tysoe, ont permis l’instruction de la demande relative aux déclarations inexactes faites par négligence opposant les compagnies

dissenting, would have struck all the third-party claims.

III. Issues Before the Court

[15] There is significant overlap between the issues on appeal in the *Costs Recovery* case and the *Knight* case, particularly in relation to the common law claims. Both cases discuss whether Canada could be liable at common law in negligent misrepresentation, negligent design and failure to warn, and in equitable indemnity. To reduce duplication, I treat the issues common to both cases together.

[16] There are also issues and arguments that are distinct in the two cases. Uniquely in the *Costs Recovery* case, Canada argues that all the contribution claims based on the *Negligence Act* and Canada's alleged duties of care to smokers should be struck because even if these alleged duties were breached, Canada would not be liable to the sole plaintiff British Columbia. The statutory claims are also distinct in the two cases. The issues may therefore be stated as follows:

1. What is the test for striking out claims for failure to disclose a reasonable cause of action?
2. Should the claims for contribution and indemnity based on the *Negligence Act* and alleged breaches of duties of care to smokers be struck in the *Costs Recovery* case?
3. Should the tobacco companies' negligent misrepresentation claims be struck out?

de tabac au Canada (2009 BCCA 540, 98 B.C.L.R. (4th) 201). Le juge Hall, dissident, aurait radié toutes les demandes de mise en cause.

III. Questions en litige

[15] Les questions à trancher dans l'*Affaire du recouvrement des coûts* et dans l'*Affaire Knight* se chevauchent considérablement, tout particulièrement quant aux demandes fondées sur la common law. Dans les deux cas, il s'agit de savoir si le Canada pourrait être tenu responsable, d'une part en common law, pour déclarations inexactes faites par négligence, conception négligente et défaut de mise en garde et, d'autre part, suivant la doctrine de l'indemnisation en equity. Par souci d'éviter les répétitions, j'examinerai ensemble les questions communes.

[16] Par ailleurs, les deux affaires présentent également des questions et des arguments distincts. Ainsi, dans l'*Affaire du recouvrement des coûts*, le Canada fait valoir que les demandes de contribution fondées sur la *Negligence Act* et sur l'obligation de diligence qu'on lui impute à l'égard des fumeurs devraient être radiées, car, même s'il avait manqué à une telle obligation, il ne pourrait être tenu responsable envers la demanderesse, la Colombie-Britannique. Les demandes fondées sur les lois sont elles aussi distinctes. Par conséquent, les questions en litige peuvent être formulées comme suit :

1. Quel est le critère applicable à la radiation d'une demande pour absence de cause d'action raisonnable?
2. Les demandes de contribution et d'indemnisation fondées sur la *Negligence Act* et sur les manquements allégués à l'obligation de diligence envers les fumeurs doivent-elles être radiées dans l'*Affaire du recouvrement des coûts*?
3. Les demandes des compagnies de tabac relatives aux déclarations inexactes faites par négligence doivent-elles être radiées?

- | | |
|--|---|
| <p>4. Should the tobacco companies' claims of failure to warn be struck out?</p> <p>5. Should the tobacco companies' claims of negligent design be struck out?</p> <p>6. Should the tobacco companies' claim in the <i>Costs Recovery</i> case that Canada could qualify as a "manufacturer" under the <i>CRA</i> be struck out?</p> <p>7. Should Imperial's claim in the <i>Knight</i> case that Canada could qualify as a "supplier" under the <i>TPA</i> and the <i>BPCPA</i> be struck out?</p> <p>8. Should the tobacco companies' claims of equitable indemnity be struck out?</p> <p>9. If Canada is not liable to the tobacco companies under any of the third-party claims, are the tobacco companies nonetheless entitled to declaratory relief against Canada so that it will remain a party to both actions and be subject to discovery procedures under the <i>Supreme Court Rules</i>?</p> | <p>4. Les demandes des compagnies de tabac relatives au défaut de mise en garde doivent-elles être radiées?</p> <p>5. Les demandes des compagnies de tabac relatives à la conception négligente doivent-elles être radiées?</p> <p>6. Dans l'<i>Affaire du recouvrement des coûts</i>, la demande des compagnies de tabac de reconnaître au Canada la qualité de [TRADUCTION] « fabricant » au sens de la <i>CRA</i> doit-elle être radiée?</p> <p>7. Dans l'<i>Affaire Knight</i>, la demande d'Imperial de reconnaître au Canada la qualité de [TRADUCTION] « fournisseur » au sens de la <i>TPA</i> et de la <i>BPCPA</i> doit-elle être radiée?</p> <p>8. Les demandes des compagnies de tabac relatives à l'indemnisation en equity doivent-elles être radiées?</p> <p>9. Si la responsabilité du Canada envers les compagnies de tabac n'est retenue à l'égard d'aucune des demandes de mise en cause, les compagnies de tabac ont-elles quand même le droit d'obtenir contre lui un jugement le déclarant partie aux deux litiges, ce qui le soumettra aux obligations de communication préalable de la preuve prévues aux <i>Supreme Court Rules</i>?</p> |
|--|---|

IV. Analysis

A. *The Test for Striking Out Claims*

[17] The parties agree on the test applicable on a motion to strike for not disclosing a reasonable cause of action under r. 19(24)(a) of the B.C. *Supreme Court Rules*. This Court has reiterated the test on many occasions. A claim will only be struck if it is plain and obvious, assuming the facts pleaded to be true, that the pleading discloses no reasonable cause of action: *Odhavji Estate v. Woodhouse*, 2003 SCC 69, [2003] 3 S.C.R. 263, at para. 15; *Hunt v. Carey Canada Inc.*, [1990] 2 S.C.R. 959, at p. 980. Another way of putting the test is that the claim has no reasonable prospect of

IV. Analyse

A. *Le critère applicable à la radiation d'une demande*

[17] Les parties conviennent du critère applicable à la radiation d'une demande pour absence de cause d'action raisonnable en vertu de l'al. 19(24)a) des *Supreme Court Rules* de la Colombie-Britannique. La Cour a réitéré ce critère à maintes reprises : l'action ne sera rejetée que s'il est évident et manifeste, dans l'hypothèse où les faits allégués seraient avérés, que la déclaration ne révèle aucune cause d'action raisonnable : *Succession Odhavji c. Woodhouse*, 2003 CSC 69, [2003] 3 R.C.S. 263, par. 15; *Hunt c. Carey Canada Inc.*, [1990] 2 R.C.S. 959, p. 980. Autrement dit, la demande doit n'avoir

success. Where a reasonable prospect of success exists, the matter should be allowed to proceed to trial: see, generally, *Syl Apps Secure Treatment Centre v. B.D.*, 2007 SCC 38, [2007] 3 S.C.R. 83; *Odhavji Estate*; *Hunt*; *Attorney General of Canada v. Inuit Tapirisat of Canada*, [1980] 2 S.C.R. 735.

[18] Although all agree on the test, the arguments before us revealed different conceptions about how it should be applied. It may therefore be useful to review the purpose of the test and its application.

[19] The power to strike out claims that have no reasonable prospect of success is a valuable house-keeping measure essential to effective and fair litigation. It unclutters the proceedings, weeding out the hopeless claims and ensuring that those that have some chance of success go on to trial.

[20] This promotes two goods — efficiency in the conduct of the litigation and correct results. Striking out claims that have no reasonable prospect of success promotes litigation efficiency, reducing time and cost. The litigants can focus on serious claims, without devoting days and sometimes weeks of evidence and argument to claims that are in any event hopeless. The same applies to judges and juries, whose attention is focused where it should be — on claims that have a reasonable chance of success. The efficiency gained by weeding out unmeritorious claims in turn contributes to better justice. The more the evidence and arguments are trained on the real issues, the more likely it is that the trial process will successfully come to grips with the parties' respective positions on those issues and the merits of the case.

[21] Valuable as it is, the motion to strike is a tool that must be used with care. The law is not static and unchanging. Actions that yesterday were deemed hopeless may tomorrow succeed. Before *Donoghue v. Stevenson*, [1932] A.C. 562 (H.L.) introduced a general duty of care to one's neighbour premised

aucune possibilité raisonnable d'être accueillie. Sinon, il faut lui laisser suivre son cours : voir généralement *Syl Apps Secure Treatment Centre c. B.D.*, 2007 CSC 38, [2007] 3 R.C.S. 83; *Succession Odhavji*; *Hunt*; *Procureur général du Canada c. Inuit Tapirisat of Canada*, [1980] 2 R.C.S. 735.

[18] Bien que les parties acceptent d'emblée ce critère, il ressort des arguments qui nous ont été présentés que toutes ne voient pas du même œil son application aux faits. Il peut donc se révéler utile de revoir l'objet du critère et son application.

[19] Le pouvoir de radier les demandes ne présentant aucune possibilité raisonnable de succès constitue une importante mesure de gouverne judiciaire essentielle à l'efficacité et à l'équité des procès. Il permet d'élaguer les litiges en écartant les demandes vaines et en assurant l'instruction des demandes susceptibles d'être accueillies.

[20] Ce faisant, il favorise deux conséquences positives, soit l'instruction efficace des litiges et le bien-fondé des décisions sur ces demandes. La radiation des demandes n'ayant aucune possibilité raisonnable de succès favorise l'efficacité et fait épargner temps et argent. Les plaideurs peuvent se concentrer sur les demandes importantes et n'ont pas à consacrer des jours — parfois même des semaines — à la preuve et aux arguments de demandes vouées de toute façon à l'échec. Il en va de même pour les juges et les jurés, dont l'attention est portée là où il le faut, soit sur les demandes présentant une possibilité raisonnable de succès. Les gains d'efficacité découlant de cet élagage contribuent à leur tour à l'amélioration de l'administration de la justice. Plus la preuve et les arguments sont axés sur les vraies questions, mieux les thèses des parties à l'égard de ces questions et le bien-fondé de l'affaire se dégageront de l'instruction du procès.

[21] Quoique très utile, la requête en radiation ne saurait être accueillie à la légère. Le droit n'est pas immuable. Des actions qui semblaient hier encore vouées à l'échec pourraient être accueillies demain. Avant qu'une obligation générale de diligence envers son prochain reposant sur la prévisibilité

on foreseeability, few would have predicted that, absent a contractual relationship, a bottling company could be held liable for physical injury and emotional trauma resulting from a snail in a bottle of ginger beer. Before *Hedley Byrne & Co. v. Heller & Partners, Ltd.*, [1963] 2 All E.R. 575 (H.L.), a tort action for negligent misstatement would have been regarded as incapable of success. The history of our law reveals that often new developments in the law first surface on motions to strike or similar preliminary motions, like the one at issue in *Donoghue v. Stevenson*. Therefore, on a motion to strike, it is not determinative that the law has not yet recognized the particular claim. The court must rather ask whether, assuming the facts pleaded are true, there is a reasonable prospect that the claim will succeed. The approach must be generous and err on the side of permitting a novel but arguable claim to proceed to trial.

[22] A motion to strike for failure to disclose a reasonable cause of action proceeds on the basis that the facts pleaded are true, unless they are manifestly incapable of being proven: *Operation Dismantle Inc. v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 441, at p. 455. No evidence is admissible on such a motion: r. 19(27) of the *Supreme Court Rules* (now r. 9-5(2) of the *Supreme Court Civil Rules*). It is incumbent on the claimant to clearly plead the facts upon which it relies in making its claim. A claimant is not entitled to rely on the possibility that new facts may turn up as the case progresses. The claimant may not be in a position to prove the facts pleaded at the time of the motion. It may only hope to be able to prove them. But plead them it must. The facts pleaded are the firm basis upon which the possibility of success of the claim must be evaluated. If they are not pleaded, the exercise cannot be properly conducted.

soit reconnue dans l'arrêt *Donoghue c. Stevenson*, [1932] A.C. 562 (H.L.), peu de gens auraient pu prévoir qu'une entreprise d'embouteillage puisse être tenue responsable, en l'absence de tout lien contractuel, du préjudice corporel et du traumatisme émotionnel causé par la découverte d'un escargot dans une bouteille de bière de gingembre. Avant l'arrêt *Hedley Byrne & Co. c. Heller & Partners, Ltd.*, [1963] 2 All E.R. 575 (H.L.), l'action en responsabilité délictuelle pour déclarations inexactes faites par négligence aurait paru vouée à l'échec. L'histoire de notre droit nous apprend que souvent, des requêtes en radiation ou des requêtes préliminaires semblables, à l'instar de celle présentée dans *Donoghue c. Stevenson*, amorcent une évolution du droit. Par conséquent, le fait qu'une action en particulier n'a pas encore été reconnue en droit n'est pas déterminant pour la requête en radiation. Le tribunal doit plutôt se demander si, dans l'hypothèse où les faits allégués seraient avérés, il est raisonnablement possible que l'action soit accueillie. L'approche doit être généreuse et permettre, dans la mesure du possible, l'instruction de toute demande inédite, mais soutenable.

[22] Une requête en radiation pour absence de cause d'action raisonnable repose sur le principe que les faits allégués sont vrais, sauf s'ils ne peuvent manifestement pas être prouvés : *Operation Dismantle Inc. c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 441, p. 455. Aucune preuve n'est admissible à l'égard d'une telle requête : par. 19(27) des *Supreme Court Rules* de la Colombie-Britannique (maintenant le par. 9-5(2) des *Supreme Court Civil Rules*). Il incombe au demandeur de plaider clairement les faits sur lesquels il fonde sa demande. Un demandeur ne peut compter sur la possibilité que de nouveaux faits apparaissent au fur et à mesure que l'instruction progresse. Il peut arriver que le demandeur ne soit pas en mesure de prouver les faits plaidés au moment de la requête. Il peut seulement espérer qu'il sera en mesure de les prouver. Il doit cependant les plaider. Les faits allégués sont le fondement solide en fonction duquel doit être évaluée la possibilité que la demande soit accueillie. S'ils ne sont pas allégués, l'exercice ne peut pas être exécuté adéquatement.

[23] Before us, Imperial and the other tobacco companies argued that the motion to strike should take into account, not only the facts pleaded, but the possibility that as the case progressed, the evidence would reveal more about Canada's conduct and role in promoting the use of low-tar cigarettes. This fundamentally misunderstands what a motion to strike is about. It is not about evidence, but the pleadings. The facts pleaded are taken as true. Whether the evidence substantiates the pleaded facts, now or at some future date, is irrelevant to the motion to strike. The judge on the motion to strike cannot consider what evidence adduced in the future might or might not show. To require the judge to do so would be to gut the motion to strike of its logic and ultimately render it useless.

[24] This is not unfair to the claimant. The presumption that the facts pleaded are true operates in the claimant's favour. The claimant chooses what facts to plead, with a view to the cause of action it is asserting. If new developments raise new possibilities — as they sometimes do — the remedy is to amend the pleadings to plead new facts at that time.

[25] Related to the issue of whether the motion should be refused because of the possibility of unknown evidence appearing at a future date is the issue of speculation. The judge on a motion to strike asks if the claim has any reasonable prospect of success. In the world of abstract speculation, there is a mathematical chance that any number of things might happen. That is not what the test on a motion to strike seeks to determine. Rather, it operates on the assumption that the claim will proceed through the court system in the usual way — in an adversarial system where judges are under a duty to apply the law as set out in (and as it may develop from) statutes and precedent. The question is whether, considered in *the context of the*

[23] Dans notre Cour, Imperial et les autres compagnies de tabac ont prétendu que la requête en radiation devrait prendre en compte non seulement les faits plaidés, mais la possibilité que, au fur et à mesure que l'instruction progresse, la preuve en révélerait davantage quant au comportement du Canada et au rôle qu'il a joué dans la promotion de la consommation de cigarettes à teneur réduite en goudron. Cette position dénote une compréhension fondamentalement erronée de ce que vise une requête en radiation. Elle n'a rien à voir avec la preuve. Elle porte sur les actes de procédure. Les faits allégués sont réputés véridiques. La question de savoir si la preuve corrobore ou corroborera les faits allégués n'a aucune pertinence quant à la requête en radiation. Le juge saisi de la requête en radiation ne peut pas anticiper ce que la preuve qui sera produite permettra d'établir. Si l'on exigeait cela du juge, la requête en radiation perdrait sa logique et deviendrait en fin de compte inutile.

[24] Cela n'a rien d'inéquitable pour le demandeur. La présomption selon laquelle les faits allégués sont vrais joue en sa faveur. Le demandeur choisit les faits qu'il allègue en fonction de la cause d'action qu'il fait valoir. Si des faits nouveaux soulèvent de nouvelles possibilités — comme c'est parfois le cas —, la solution consiste à modifier les actes de procédure afin d'alléguer les faits nouveaux à ce moment-là.

[25] La question de la conjecture est liée à la question de savoir si la requête devrait être rejetée en raison de la possibilité qu'une nouvelle preuve apparaisse éventuellement. Le juge saisi d'une requête en radiation se demande s'il existe une possibilité raisonnable que la demande soit accueillie. Dans le monde de la conjecture abstraite, il existe une probabilité mathématique qu'un certain nombre d'événements se produisent. Ce n'est pas ce que le critère applicable aux requêtes en radiation cherche à déterminer. Il suppose plutôt que la demande sera traitée de la manière habituelle dans le système judiciaire — un système fondé sur le débat contradictoire dans lequel les juges sont tenus d'appliquer le droit (et son évolution) énoncé dans les

law and the litigation process, the claim has no reasonable chance of succeeding.

[26] With this framework in mind, I proceed to consider the tobacco companies' claims.

B. *Canada's Alleged Duties of Care to Smokers in the Costs Recovery Case*

[27] In the *Costs Recovery* case, Canada argues that all the claims for contribution based on its alleged duties of care to smokers must be struck. Under the *Negligence Act*, Canada submits, contribution may only be awarded if the third party would be liable to the plaintiff directly. It argues that even if Canada breached duties to smokers, such breaches cannot ground the tobacco companies' claims for contribution if they are found liable to British Columbia, the sole plaintiff in the *Costs Recovery* case. This argument was successful in the Court of Appeal.

[28] The tobacco companies argue that direct liability to the plaintiff is not a requirement for being held liable in contribution. They argue that contribution in the *Negligence Act* turns on fault, not liability. The object of the *Negligence Act* is to allow defendants to recover from other parties that were also at fault for the damage that resulted to the plaintiff, and barring a claim against Canada would defeat this purpose, they argue.

[29] I agree with Canada and the Court of Appeal that a third party may only be liable for contribution under the *Negligence Act* if it is directly liable to the plaintiff. In *Giffels Associates Ltd. v. Eastern Construction Co.*, [1978] 2 S.C.R. 1346, dealing

lois et la jurisprudence. Il s'agit de savoir si, dans le contexte du droit et du processus judiciaire, la demande n'a aucune possibilité raisonnable d'être accueillie.

[26] C'est en tenant compte de ce cadre que j'entame l'examen des demandes des compagnies de tabac.

B. *Les prétendues obligations de diligence du Canada envers les fumeurs dans l'Affaire du recouvrement des coûts*

[27] Dans l'*Affaire du recouvrement des coûts*, le Canada plaide que toutes les demandes de contribution fondées sur ses prétendues obligations de diligence envers les fumeurs doivent être radiées. Le Canada prétend que, aux termes de la *Negligence Act*, une contribution ne peut être accordée si le tiers n'est pas directement responsable envers le plaignant. Il prétend que même s'il a manqué à ses obligations envers les fumeurs, ce manquement ne peut pas servir de fondement aux demandes de contribution des compagnies de tabac si elles sont tenues responsables envers la Colombie-Britannique, l'unique demanderesse dans l'*Affaire du recouvrement des coûts*. La Cour d'appel a accepté cet argument.

[28] Les compagnies de tabac prétendent qu'il n'est pas nécessaire qu'une personne soit directement responsable envers le demandeur pour être tenue de verser une contribution. Elles prétendent que la contribution dont parle la *Negligence Act* repose sur la faute et non pas sur la responsabilité. Elles affirment que la *Negligence Act* vise à permettre aux défendeurs d'être indemnisés par d'autres parties qui sont également responsables du dommage causé au plaignant, et qu'interdire un droit d'action contre le Canada ferait échec à cet objectif.

[29] Je souscris à l'opinion du Canada et de la Cour d'appel selon laquelle un tiers ne peut être tenu de verser une contribution en vertu de la *Negligence Act* que s'il est directement responsable envers le plaignant. Dans l'arrêt *Giffels Associates*

with a statutory provision similar to that in British Columbia, Laskin C.J. stated:

... I am of the view that it is a precondition of the right to resort to contribution that there be liability to the plaintiff. I am unable to appreciate how a claim for contribution can be made under s. 2(1) by one person against another in respect of loss resulting to a third person unless each of the former two came under a liability to the third person to answer for his loss. [Emphasis added; p. 1354.]

[30] Accordingly, it is plain and obvious that the private law claims against Canada in the *Costs Recovery* case that arise from an alleged duty of care to consumers must be struck. Even if Canada breached duties to smokers, this would have no effect on whether it was liable to British Columbia, the plaintiff in that case. This holding has no bearing on the consumer claim in the *Knight* case since consumers of light or mild cigarettes are the plaintiffs in the underlying action.

[31] The discussion of the private law claims in the remainder of these reasons will refer exclusively to the claims based on Canada's alleged duties of care to the tobacco companies in both cases before the Court, and Canada's alleged duties to consumers in the *Knight* case.

C. *The Claims for Negligent Misrepresentation*

[32] There are two types of negligent misrepresentation claims that remain at issue on this appeal. First, in the *Knight* case, Imperial alleges that Canada negligently misrepresented the health attributes of low-tar cigarettes to consumers, and is therefore liable for contribution and indemnity on the basis of the *Negligence Act* if the class members

Ltd. c. Eastern Construction Co., [1978] 2 R.C.S. 1346, où il était question d'une disposition législative semblable à celle de la Colombie-Britannique, le juge en chef Laskin a déclaré ce qui suit :

... j'estime qu'il faut d'abord établir la responsabilité envers la demanderesse pour pouvoir réclamer la contribution. Je ne vois pas comment une personne pourrait, en vertu du par. 2(1), réclamer à une autre personne une contribution relativement à la perte subie par un tiers sans que chacune des deux premières personnes soit responsable envers le tiers de la perte qu'il a subie. [Je souligne; p. 1354.]

[30] Par conséquent, il est évident et manifeste que les réclamations de droit privé dirigées contre le Canada dans l'*Affaire du recouvrement des coûts* qui découlent de prétendues obligations de diligence envers les consommateurs doivent être radiées. Même si le Canada a manqué à ses obligations envers les fumeurs, ce manquement n'aurait aucune incidence sur la question de savoir s'il est responsable envers la Colombie-Britannique, la demanderesse dans cette affaire. Cette conclusion n'a aucune incidence sur la réclamation des consommateurs dans l'*Affaire Knight* puisque dans cette instance, les consommateurs de cigarettes légères ou douces sont les demandeurs.

[31] Dans le reste des présents motifs, l'examen des réclamations de droit privé ne portera que sur les demandes fondées sur les prétendues obligations de diligence du Canada envers les compagnies de tabac dans les deux causes dont la Cour est saisie, et sur les prétendues obligations du Canada envers les consommateurs dans l'*Affaire Knight*.

C. *Les demandes fondées sur des déclarations inexactes faites par négligence*

[32] Deux types de demandes fondées sur des déclarations inexactes faites par négligence sont toujours en litige dans le présent appel. Premièrement, dans l'*Affaire Knight*, Imperial prétend que le Canada a fait preuve de négligence en déclarant faussement aux consommateurs que la cigarette à teneur réduite en goudron serait

are successful in this suit. Second, in both cases before the Court, Imperial and the other tobacco companies allege that Canada made negligent misrepresentations to the tobacco companies, and that Canada is liable for any losses that the tobacco companies incur to the plaintiffs in either case.

[33] Canada applies to have the claims struck on the ground that they have no reasonable prospect of success.

[34] For the purposes of the motion to strike, we must accept as true the facts pleaded. We must therefore accept that Canada represented to consumers and to tobacco companies that light or mild cigarettes were less harmful, and that these representations were not accurate. We must also accept that consumers and the tobacco companies relied on Canada's representations and acted on them to their detriment.

[35] The law first recognized a tort action for negligent misrepresentation in *Hedley Byrne*. Prior to this, parties were confined to contractual remedies for misrepresentations. *Hedley Byrne* represented a break with this tradition, allowing a claim for economic loss in tort for misrepresentations made in the absence of a contract between the parties. In the decades that have followed, liability for negligent misrepresentation has been imposed in a variety of situations where the relationship between the parties disclosed sufficient proximity and foreseeability, and policy considerations did not negate liability.

[36] Imperial and the other tobacco companies argue that the facts pleaded against Canada bring their claims within the settled parameters of the

moins nocive pour la santé, et qu'il est donc tenu à contribution et à indemnisation sur la base de la *Negligence Act* si les membres du groupe ont gain de cause dans cette poursuite. Deuxièmement, dans les deux affaires dont la Cour est saisie, Imperial et les autres compagnies de tabac prétendent que le Canada a fait aux compagnies de tabac des déclarations inexactes par négligence et qu'il est responsable des pertes que pourraient subir les compagnies de tabac en raison des indemnités à verser aux plaignants dans l'une ou l'autre de ces affaires.

[33] Le Canada demande la radiation des demandes parce qu'il n'existe aucune possibilité raisonnable qu'elles soient accueillies.

[34] Pour les besoins de la requête en radiation, nous devons tenir pour avérés les faits allégués. Nous devons donc accepter que le Canada a déclaré aux consommateurs et aux compagnies de tabac que les cigarettes légères ou douces étaient moins nocives et que ces déclarations n'étaient pas exactes. Nous devons également accepter que les consommateurs et les compagnies de tabac ont agi à leur détriment sur la foi des déclarations inexactes du Canada.

[35] Le droit a reconnu pour la première fois l'action en responsabilité délictuelle par suite d'une déclaration inexacte faite par négligence dans *Hedley Byrne*. Avant cette décision, les parties ne disposaient que de recours contractuels en matière de déclarations inexactes. La décision *Hedley Byrne* a rompu avec cette tradition en accueillant une action pour perte financière par suite d'une déclaration inexacte faite par négligence en l'absence d'un contrat entre les parties. Dans les décennies qui ont suivi, la responsabilité délictuelle pour déclaration inexacte faite par négligence a été retenue dans diverses situations où la relation entre les parties révélait une prévisibilité et l'existence d'un lien suffisamment étroit et où les considérations de politique générale n'empêchaient pas la reconnaissance de la responsabilité délictuelle.

[36] Imperial et les autres compagnies de tabac prétendent que, vu les faits allégués contre le Canada, les paramètres définis du délit de

tort of negligent misrepresentation, and therefore a *prima facie* duty of care is established. The majority in the Court of Appeal accepted this argument in both decisions below (*Knight* case, at paras. 45 and 66; *Costs Recovery* case, at para. 70).

[37] The first question is whether the facts as pleaded bring Canada's relationships with consumers and the tobacco companies within a settled category that gives rise to a duty of care. If they do, a *prima facie* duty of care will be established: see *Childs v. Desormeaux*, 2006 SCC 18, [2006] 1 S.C.R. 643, at para. 15. However, it is important to note that liability for negligent misrepresentation depends on the nature of the relationship between the plaintiff and defendant, as discussed more fully below. The question is not whether negligent misrepresentation is a recognized tort, but whether there is a reasonable prospect that the relationship alleged in the pleadings will give rise to liability for negligent misrepresentation.

[38] In my view, the facts pleaded do not bring either claim within a settled category of negligent misrepresentation. The law of negligent misrepresentation has thus far not recognized liability in the kinds of relationships at issue in these cases. The error of the tobacco companies lies in assuming that the relationships disclosed by the pleadings between Canada and the tobacco companies on the one hand and between Canada and consumers on the other are like other relationships that have been held to give rise to liability for negligent misrepresentation. In fact, they differ in important ways. It is sufficient at this point to note that the tobacco companies have not been able to point to any case where a government has been held liable in negligent misrepresentation for statements made to an industry. To determine whether such a cause of action has a reasonable prospect of success, we must therefore consider whether the general requirements for liability in tort are met, on the test

déclaration inexacte faite par négligence correspondent à leurs demandes et, par conséquent, l'existence d'une obligation de diligence *prima facie* est établie. Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont retenu cet argument dans les deux décisions en cause (*l'Affaire Knight*, par. 45 et 66; *l'Affaire du recouvrement des coûts*, par. 70).

[37] Il faut se demander en premier lieu si les faits allégués font entrer la relation du Canada avec les consommateurs et les compagnies de tabac dans une catégorie définie de relations qui donnent naissance à une obligation de diligence. Le cas échéant, l'existence d'une obligation de diligence *prima facie* sera établie : voir *Childs c. Desormeaux*, 2006 CSC 18, [2006] 1 R.C.S. 643, par. 15. Toutefois, il importe de signaler que la responsabilité pour déclaration inexacte faite par négligence dépend de la nature de la relation entre le plaignant et le défendeur, comme je l'expliquerai davantage plus loin. La question n'est pas de savoir si une déclaration inexacte faite par négligence est un délit reconnu, mais de savoir s'il existe une possibilité raisonnable que la relation alléguée dans les actes de procédure engage la responsabilité pour déclaration inexacte faite par négligence.

[38] À mon avis, les faits allégués ne font entrer aucune des demandes à l'intérieur d'une catégorie définie de déclarations inexactes faites par négligence. Le droit en matière de déclaration inexacte faite par négligence n'a jusqu'à présent pas reconnu la responsabilité dans les types de relations en cause dans ces affaires. Les compagnies de tabac ont fait l'erreur de supposer que les relations, révélées par les actes de procédure, entre le Canada et les compagnies de tabac, d'une part, et entre le Canada et les consommateurs, d'autre part, sont semblables aux autres relations à l'égard desquelles la responsabilité délictuelle pour déclaration inexacte faite par négligence a été retenue. En fait, elles comportent des différences importantes. Il suffit à ce stade de signaler que les compagnies de tabac ont été incapables de citer une décision dans laquelle un gouvernement a été tenu responsable d'une déclaration inexacte faite par négligence relativement à des déclarations faites à une industrie.

set out by the House of Lords in *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728, and somewhat reformulated but consistently applied by this Court, most notably in *Cooper v. Hobart*, 2001 SCC 79, [2001] 3 S.C.R. 537.

[39] At the first stage of this test, the question is whether the facts disclose a relationship of proximity in which failure to take reasonable care might foreseeably cause loss or harm to the plaintiff. If this is established, a *prima facie* duty of care arises and the analysis proceeds to the second stage, which asks whether there are policy reasons why this *prima facie* duty of care should not be recognized: *Hill v. Hamilton-Wentworth Regional Police Services Board*, 2007 SCC 41, [2007] 3 S.C.R. 129.

(1) Stage One: Proximity and Foreseeability

[40] On the first branch of the test, the tobacco companies argue that the facts pleaded establish a sufficiently close and direct, or “proximate”, relationship between Canada and consumers (in the *Knight* case) and between Canada and tobacco companies (in both cases) to support a duty of care with respect to government statements about light and mild cigarettes. They also argue that Canada could reasonably have foreseen that consumers and the tobacco industry would rely on Canada’s statements about the health advantages of light cigarettes, and that such reliance was reasonable. Canada responds that it was acting exclusively in a regulatory capacity when it made statements to the public and to the industry, which does not give rise to sufficient proximity to ground the alleged duty of care. In the *Costs Recovery* case, Canada also alleges that it could not have reasonably foreseen that the B.C. legislature would enact the CRA and therefore cannot be liable for the

Afin de déterminer si une pareille cause d’action a une possibilité raisonnable d’être accueillie, nous devons donc examiner s’il a été satisfait aux exigences générales en matière de responsabilité délictuelle énoncées dans le critère établi par la Chambre des lords dans *Anns c. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728, et quelque peu reformulé, mais appliqué de façon constante par la Cour, notamment dans l’arrêt *Cooper c. Hobart*, 2001 CSC 79, [2001] 3 R.C.S. 537.

[39] À la première étape de ce critère, il faut se demander si les faits révèlent l’existence d’un lien de proximité dans le cadre duquel l’omission de faire preuve de diligence raisonnable peut, de façon prévisible, causer une perte ou un préjudice au plaignant. Si cette condition est remplie, il y a obligation de diligence *prima facie* et l’analyse passe à l’étape suivante dans laquelle on se demande si des considérations de politique générale empêcheraient de reconnaître cette obligation de diligence *prima facie* : *Hill c. Commission des services policiers de la municipalité régionale de Hamilton-Wentworth*, 2007 CSC 41, [2007] 3 R.C.S. 129.

(1) Première étape de l’analyse : le lien de proximité et la prévisibilité

[40] Quant au premier volet du critère, les compagnies de tabac font valoir que les faits allégués établissent l’existence d’un lien suffisamment étroit et direct, ou lien [TRADUCTION] « de proximité », d’une part, entre le Canada et les consommateurs (dans l’*Affaire Knight*) et, d’autre part, entre le Canada et les compagnies de tabac (dans les deux affaires) pour justifier une obligation de diligence à l’égard des déclarations du gouvernement au sujet des cigarettes légères et douces. Les compagnies de tabac ajoutent que le Canada aurait pu raisonnablement prévoir que les consommateurs et l’industrie du tabac se fieraient à ses déclarations au sujet des avantages des cigarettes légères au chapitre de la santé, et qu’il était raisonnable pour eux de se fier à ces déclarations. Le Canada rétorque qu’il agissait seulement à titre d’autorité de réglementation lorsqu’il a fait des déclarations à la population et à l’industrie, ce qui n’entraîne pas la création d’un lien suffisamment étroit pour

potential losses of the tobacco companies under that Act.

[41] Proximity and foreseeability are two aspects of one inquiry — the inquiry into whether the facts disclose a relationship that gives rise to a *prima facie* duty of care at common law. Foreseeability is the touchstone of negligence law. However, not every foreseeable outcome will attract a commensurate duty of care. Foreseeability must be grounded in a relationship of sufficient closeness, or proximity, to make it just and reasonable to impose an obligation on one party to take reasonable care not to injure the other.

[42] Proximity and foreseeability are heightened concerns in claims for economic loss, such as negligent misrepresentation: see, generally, *Canadian National Railway Co. v. Norsk Pacific Steamship Co.*, [1992] 1 S.C.R. 1021; *Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd. v. Saint John Shipbuilding Ltd.*, [1997] 3 S.C.R. 1210. In a claim of negligent misrepresentation, both these requirements for a *prima facie* duty of care are established if there was a “special relationship” between the parties: *Hercules Managements Ltd. v. Ernst & Young*, [1997] 2 S.C.R. 165, at para. 24. In *Hercules Managements*, the Court, *per* La Forest J., held that a special relationship will be established where: (1) the defendant ought reasonably to foresee that the plaintiff will rely on his or her representation; and (2) reliance by the plaintiff would be reasonable in the circumstances of the case (*ibid.*). Where such a relationship is established, the defendant may be liable for losses suffered by the plaintiff as a result of a negligent misstatement.

fonder l’obligation de diligence revendiquée. Dans l’*Affaire du recouvrement des coûts*, le Canada prétend aussi qu’il n’aurait pas pu raisonnablement prévoir que la législature de la Colombie-Britannique adopterait la *CRA*, et qu’il ne saurait donc être tenu responsable des pertes éventuelles des compagnies de tabac en application de cette Loi.

[41] Le lien de proximité et la prévisibilité sont deux aspects d’une même analyse — celle visant à déterminer si les faits révèlent l’existence d’un lien donnant lieu à une obligation de diligence *prima facie* en common law. La prévisibilité est l’élément fondamental du droit de la négligence. Par contre, ce ne sont pas tous les résultats prévisibles qui donnent lieu à une obligation de diligence comparable. La prévisibilité doit reposer sur un lien suffisamment étroit, ou lien de proximité suffisant, pour qu’il soit juste et raisonnable d’imposer à une partie l’obligation de prendre les mesures raisonnables pour ne pas porter préjudice à l’autre.

[42] On se soucie davantage du lien de proximité et de la prévisibilité dans les actions pour perte financière, comme celles pour déclaration inexacte faite par négligence : voir, de façon générale, *Cie des chemins de fer nationaux du Canada c. Norsk Pacific Steamship Co.*, [1992] 1 R.C.S. 1021; *Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd. c. Saint John Shipbuilding Ltd.*, [1997] 3 R.C.S. 1210. Ces deux conditions d’une obligation de diligence *prima facie* sont remplies dans le cadre d’une action pour déclaration inexacte faite par négligence lorsqu’un « lien spécial » unit les parties : *Hercules Managements Ltd. c. Ernst & Young*, [1997] 2 R.C.S. 165, par. 24. S’exprimant au nom de la Cour dans *Hercules Managements*, le juge La Forest a affirmé que l’existence d’un lien spécial est établie lorsque : (1) le défendeur doit raisonnablement prévoir que le demandeur se fierà à sa déclaration; et que (2) la confiance que le demandeur accorde à la déclaration serait raisonnable dans les circonstances (*ibid.*). Si pareil lien est établi, le demandeur peut être tenu responsable des pertes subies par le demandeur du fait d’une déclaration inexacte faite par négligence.

[43] A complicating factor is the role that legislation should play when determining if a government actor owed a *prima facie* duty of care. Two situations may be distinguished. The first is the situation where the alleged duty of care is said to arise explicitly or by implication from the statutory scheme. The second is the situation where the duty of care is alleged to arise from interactions between the claimant and the government, and is not negated by the statute.

[44] The argument in the first kind of case is that the statute itself creates a private relationship of proximity giving rise to a *prima facie* duty of care. It may be difficult to find that a statute creates sufficient proximity to give rise to a duty of care. Some statutes may impose duties on state actors with respect to particular claimants. However, more often, statutes are aimed at public goods, like regulating an industry (*Cooper*), or removing children from harmful environments (*Syl Apps*). In such cases, it may be difficult to infer that the legislature intended to create private law tort duties to claimants. This may be even more difficult if the recognition of a private law duty would conflict with the public authority's duty to the public: see, e.g., *Cooper* and *Syl Apps*. As stated in *Syl Apps*, “[w]here an alleged duty of care is found to conflict with an overarching statutory or public duty, this may constitute a compelling policy reason for refusing to find proximity” (at para. 28; see also *Fallowka v. Pinkerton's of Canada Ltd.*, 2010 SCC 5, [2010] 1 S.C.R. 132, at para. 39).

[45] The second situation is where the proximity essential to the private duty of care is alleged to arise from a series of specific interactions between the government and the claimant. The argument in these cases is that the government has, through its conduct, entered into a special relationship with the plaintiff sufficient to establish the necessary proximity for a duty of care. In these cases, the

[43] Un élément complique les choses : la place que doit occuper la loi lorsqu'on détermine si un acteur gouvernemental avait une obligation de diligence *prima facie*. Il est possible de distinguer deux situations. Dans la première, l'obligation de diligence revendiquée découlerait explicitement ou implicitement du régime législatif. Dans la seconde, l'obligation de diligence découlerait des rapports entre le demandeur et le gouvernement et n'est pas exclue par la loi.

[44] Selon l'argument avancé dans la première catégorie de cas, la loi elle-même crée un rapport de proximité de nature privée qui donne lieu à une obligation de diligence *prima facie*. Il peut être difficile d'arriver au constat qu'une loi crée un lien suffisamment étroit pour donner lieu à une obligation de diligence. Certaines lois peuvent imposer à des représentants de l'État des obligations envers des demandeurs en particulier, mais plus souvent, les lois visent des objectifs d'intérêt public, tels la réglementation d'une industrie (*Cooper*), ou le retrait d'un enfant d'un milieu qui lui est préjudiciable (*Syl Apps*). Dans ces circonstances, il peut être difficile d'inférer que le législateur entendait créer des obligations de droit privé envers des demandeurs. Il est encore plus difficile d'inférer cette intention si l'établissement d'une obligation de nature privée irait à l'encontre des obligations d'une autorité publique envers la population : voir notamment *Cooper* et *Syl Apps*. Tel qu'il est mentionné dans *Syl Apps*, « [u]n conflit entre l'obligation de diligence revendiquée et une obligation primordiale de nature publique ou imposée par la loi peut constituer une raison de principe impérieuse pour refuser de conclure à la proximité » (par. 28; voir aussi *Fallowka c. Pinkerton's of Canada Ltd.*, 2010 CSC 5, [2010] 1 R.C.S. 132, par. 39).

[45] Dans la deuxième catégorie de cas, on prétend que le lien étroit essentiel à l'obligation de diligence de nature privée tire son origine d'une série de rapports précis entre le gouvernement et le demandeur. On fait valoir dans ces cas que le gouvernement, de par sa conduite, a tissé avec le demandeur un lien suffisamment spécial pour établir la proximité nécessaire à une obligation de

governing statutes are still relevant to the analysis. For instance, if a finding of proximity would conflict with the state's general public duty established by the statute, the court may hold that no proximity arises: *Syl Apps*; see also *Heaslip Estate v. Mansfield Ski Club Inc.*, 2009 ONCA 594, 96 O.R. (3d) 401. However, the factor that gives rise to a duty of care in these types of cases is the specific interactions between the government actor and the claimant.

[46] Finally, it is possible to envision a claim where proximity is based both on interactions between the parties and the government's statutory duties.

[47] Since this is a motion to strike, the question before us is simply whether, assuming the facts pleaded to be true, there is any reasonable prospect of successfully establishing proximity, on the basis of a statute or otherwise. On one hand, where the sole basis asserted for proximity is the statute, conflicting public duties may rule out any possibility of proximity being established as a matter of statutory interpretation: *Syl Apps*. On the other, where the asserted basis for proximity is grounded in specific conduct and interactions, ruling a claim out at the proximity stage may be difficult. So long as there is a reasonable prospect that the asserted interactions could, if true, result in a finding of sufficient proximity, and the statute does not exclude that possibility, the matter must be allowed to proceed to trial, subject to any policy considerations that may negate the *prima facie* duty of care at the second stage of the analysis.

[48] As mentioned above, there are two relationships at issue in these claims: the relationship between Canada and consumers (the *Knight* case), and the relationship between Canada and tobacco companies (both cases). The question at this stage is whether there is a *prima facie* duty of care in either or both these relationships. In my view, on the facts pleaded, Canada did not owe a *prima facie*

diligence. Dans ces cas, les lois applicables restent pertinentes pour l'analyse. Par exemple, si un constat de proximité irait à l'encontre du devoir général de nature publique imposé par la loi à l'État, le tribunal peut conclure que cette proximité n'existe pas : *Syl Apps*; voir aussi *Heaslip Estate c. Mansfield Ski Club Inc.*, 2009 ONCA 594, 96 O.R. (3d) 401. Cependant, ce sont les rapports précis entre l'organisme gouvernemental et le demandeur qui font naître une obligation de diligence dans un cas de ce genre.

[46] Enfin, il est possible d'imaginer une action mettant en cause un lien étroit qui se fonde à la fois sur les rapports entre les parties et sur les obligations imposées au gouvernement par la loi.

[47] Puisqu'il s'agit en l'espèce d'une requête en radiation, la question qui nous est soumise est simplement de savoir si, à supposer que les faits allégués soient vrais, il est raisonnablement possible de réussir à établir la proximité en raison d'une loi ou d'un autre facteur. D'une part, dans les cas où on invoque uniquement la loi comme fondement du lien étroit, des obligations opposées de nature publique peuvent exclure toute possibilité d'établir ce lien sur le plan de l'interprétation législative : *Syl Apps*. D'autre part, dans les cas où on affirme que le lien étroit repose sur un acte et des rapports précis, il peut être difficile de rejeter une action à ce stade. Tant qu'il est raisonnablement possible que les rapports allégués, s'ils sont vrais, amènent à conclure à l'existence d'un lien suffisamment étroit, et que la loi n'exclut pas clairement cette possibilité, il faut permettre que l'affaire soit instruite, sous réserve de l'existence de quelque considération de politique générale susceptible d'écarter l'obligation de diligence *prima facie* à la deuxième étape de l'analyse.

[48] Comme je l'ai déjà mentionné, les allégations en l'espèce mettent en cause deux liens : celui entre le Canada et les consommateurs (dans l'*Affaire Knight*), et celui entre le Canada et les compagnies de tabac (dans les deux affaires). La question qui se pose à ce stade est de savoir s'il existe une obligation de diligence *prima facie* dans l'un ou l'autre de ces liens. À mon sens, compte tenu des

duty of care to consumers, but did owe a *prima facie* duty to the tobacco companies.

[49] The facts pleaded in Imperial's third-party notice in the *Knight* case establish no direct relationship between Canada and the consumers of light cigarettes. The relationship between the two was limited to Canada's statements to the general public that low-tar cigarettes are less hazardous. There were no specific interactions between Canada and the class members. Consequently, a finding of proximity in this relationship must arise from the governing statutes: *Cooper*, at para. 43.

[50] The relevant statutes establish only general duties to the public, and no private law duties to consumers. The *Department of Health Act*, S.C. 1996, c. 8, establishes that the duties of the Minister of Health relate to "the promotion and preservation of the health of the people of Canada": s. 4(1). Similarly, the *Department of Agriculture and Agri-Food Act*, R.S.C. 1985, c. A-9, s. 4, the *Tobacco Act*, S.C. 1997, c. 13, s. 4, and the *Tobacco Products Control Act*, R.S.C. 1985, c. 14 (4th Supp.), s. 3 [rep. 1997, c. 13, s. 64], only establish duties to the general public. These general duties to the public do not give rise to a private law duty of care to particular individuals. To borrow the words of Sharpe J.A. of the Ontario Court of Appeal in *Eliopoulos Estate v. Ontario (Minister of Health and Long-Term Care)* (2006), 276 D.L.R. (4th) 411, "I fail to see how it could be possible to convert any of the Minister's public law discretionary powers, to be exercised in the general public interest, into private law duties owed to specific individuals": para. 17. At the same time, the governing statutes do not foreclose the possibility of recognizing a duty of care to the tobacco companies. Recognizing a duty of care on the government when it makes representations to the tobacco companies about the health attributes of tobacco strains would not conflict with its general duty to protect the health of the public.

faits allégués, le Canada n'avait pas d'obligation de ce genre envers les consommateurs, mais il en avait une envers les compagnies de tabac.

[49] Les faits allégués dans l'avis de mise en cause d'Imperial dans l'*Affaire Knight* n'établissent aucun lien direct entre le Canada et les consommateurs de cigarettes légères. Le lien dans ce cas se limitait aux déclarations du Canada adressées au grand public selon lesquelles les cigarettes à faible teneur en goudron sont moins dangereuses pour la santé. Le Canada n'entretenait pas de rapports spéciaux avec les membres du groupe. Par conséquent, le constat qu'il s'agit d'un lien suffisamment étroit doit découler des lois applicables : *Cooper*, par. 43.

[50] Les lois pertinentes n'établissent que des obligations générales envers le public, et non des obligations de nature privée envers les consommateurs. Selon la *Loi sur le ministère de la Santé*, L.C. 1996, ch. 8, les obligations du ministre de la Santé ont trait à « la promotion et au maintien de la santé de la population » : par. 4(1). Dans la même veine, l'art. 4 de la *Loi sur le ministère de l'Agriculture et de l'Agroalimentaire*, L.R.C. 1985, ch. A-9, l'art. 4 de la *Loi sur le tabac*, L.C. 1997, ch. 13, et l'art. 3 de la *Loi réglementant les produits du tabac*, L.R.C. 1985, ch. 14 (4^e suppl.), art. 3 [abr. 1997, ch. 13, art. 64], ne prévoient eux aussi que des obligations envers le grand public. Ces obligations générales envers le public n'entraînent pas d'obligation de diligence de droit privé envers des personnes en particulier. Pour reprendre les termes utilisés par le juge Sharpe de la Cour d'appel de l'Ontario dans *Eliopoulos Estate c. Ontario (Minister of Health and Long-Term Care)* (2006), 276 D.L.R. (4th) 411, [TRADUCTION] « [j]e ne vois pas en quoi il serait possible de transformer l'un des pouvoirs discrétionnaires de droit public du ministre, qui doivent être exercés dans l'intérêt public, en obligations de droit privé envers des personnes en particulier » : par. 17. Par contre, les lois applicables n'excluent pas la possibilité de reconnaître une obligation de diligence envers les compagnies de tabac. Le fait d'imposer au gouvernement une obligation de diligence lorsqu'il fait, à ces compagnies, des déclarations relativement aux effets des souches de tabac sur la santé ne serait pas incompatible avec son obligation générale de protéger la santé de la population.

[51] Turning to the relationship between Canada and the tobacco companies, at issue in both of the cases before the Court, the tobacco companies contend that a duty of care on Canada arose from the transactions between them and Canada over the years. They allege that Canada went beyond its role as regulator of industry players and entered into a relationship of advising and assisting the companies in reducing harm to their consumers. They hope to show that Canada gave erroneous information and advice, knowing that the companies would rely on it, which they did.

[52] The question is whether these pleadings bring the tobacco companies within the requirements for a special relationship under the law of negligent misrepresentation as set out in *Hercules Managements*. As noted above, a special relationship will be established where (1) the defendant ought reasonably to foresee that the plaintiff will rely on his or her representation, and (2) such reliance would, in the particular circumstances of the case, be reasonable. In the cases at bar, the facts pleaded allege a history of interactions between Canada and the tobacco companies capable of fulfilling these conditions.

[53] What is alleged against Canada is that Health Canada assumed duties separate and apart from its governing statute, including research into and design of tobacco and tobacco products and the promotion of tobacco and tobacco products (third-party statement of claim of Imperial in the *Costs Recovery* case, A.R., vol. II, at p. 66). In addition, it is alleged that Agriculture Canada carried out a programme of cooperation with and support for tobacco growers and cigarette manufacturers including advising cigarette manufacturers of the desirable content of nicotine in tobacco to be used in the manufacture of tobacco products. It is alleged that officials, drawing on their knowledge and expertise in smoking and health matters, provided both advice and directions to the manufacturers including advice that the tobacco strains

[51] Passons au lien entre le Canada et les compagnies de tabac qui est en litige dans les deux affaires soumises à la Cour. Selon les compagnies de tabac, les opérations qu'elles ont conclues avec le Canada au fil des ans ont imposé une obligation de diligence au Canada. D'après elles, le Canada a dépassé les limites de son rôle comme autorité de réglementation des membres de l'industrie et a entretenu des rapports avec les compagnies de tabac en les conseillant et en les aidant à réduire le préjudice causé aux consommateurs de leurs produits. Les compagnies de tabac espèrent démontrer que le Canada leur a donné des renseignements et des conseils erronés en sachant qu'elles s'y fieraient, ce qu'elles ont d'ailleurs fait.

[52] Il s'agit de déterminer si les actes de procédure mentionnés ci-dessus font en sorte que les compagnies de tabac répondent aux conditions d'un lien spécial selon le droit en matière de déclaration inexacte faite par négligence qui sont énoncées dans *Hercules Managements*. Comme je l'ai mentionné, un lien spécial est établi lorsque (1) le défendeur doit raisonnablement prévoir que le demandeur se fiera à sa déclaration, et que (2) la confiance accordée par le demandeur serait raisonnable dans les circonstances. En l'espèce, les faits allégués révèlent que le Canada et les compagnies de tabac entretiennent depuis longtemps des rapports qui peuvent remplir ces conditions.

[53] Ce qu'on reproche au Canada, c'est que Santé Canada a exercé des fonctions distinctes de celles prévues par sa loi habilitante, y compris des recherches sur le tabac et des produits du tabac ainsi que la conception et la promotion du tabac et des produits du tabac (déclaration de mise en cause d'Imperial dans l'*Affaire du recouvrement des coûts*, d.a., vol. II, p. 66). Il est aussi allégué qu'Agriculture Canada a mis en œuvre un programme de coopération et de soutien destiné aux producteurs de tabac et aux fabricants de cigarettes, notamment en avisant ces derniers de la teneur en nicotine que devrait avoir le tabac utilisé pour la fabrication des produits du tabac. On allègue que des fonctionnaires ont fait appel à leurs connaissances et à leur expertise dans les domaines de l'usage du tabac et de la santé pour fournir à la fois des avis et des

designed and developed by officials of Agriculture Canada and sold or licensed to the manufacturers for use in their tobacco products would not increase health risks to consumers or otherwise be harmful to them (*ibid.*, at pp. 109-10). Thus, what is alleged is not simply that broad powers of regulation were brought to bear on the tobacco industry, but that Canada assumed the role of adviser to a finite number of manufacturers and that there were commercial relationships entered into between Canada and the companies based in part on the advice given to the companies by government officials.

[54] What is alleged with respect to Canada's interactions with the manufacturers goes far beyond the sort of statements made by Canada to the public at large. Canada is alleged to have had specific interactions with the manufacturers in contrast to the absence of such specific interactions between Canada and the class members. Whereas the claims in relation to consumers must be founded on a statutory framework establishing very general duties to the public, the claims alleged in relation to the manufacturers are not alleged to arise primarily from such general regulatory duties and powers but from roles undertaken specifically in relation to the manufacturers by Canada apart from its statutory duties, namely its roles as designer, developer, promoter and licensor of tobacco strains. With respect to the issue of reasonable reliance, Canada's regulatory powers over the manufacturers, coupled with its specific advice and its commercial involvement, could be seen as supporting a conclusion that reliance was reasonable in the pleaded circumstance.

[55] The indicia of proximity offered in *Hercules Managements* for a special relationship (direct financial interest; professional skill or knowledge; advice provided in the course of business, deliberately or in response to a specific request) may not be particularly apt in the context of alleged

instructions aux fabricants, en les avisant notamment que les souches de tabac conçues et mises au point par des fonctionnaires d'Agriculture Canada, qui leur ont été vendues ou pour lesquelles des licences leur ont été octroyées, n'exposeraient pas les consommateurs à des dangers accrus pour leur santé, ni ne leur seraient autrement néfastes (*ibid.*, p. 109-110). Par conséquent, on allègue non seulement que l'exercice de larges pouvoirs de réglementation a eu des répercussions sur l'industrie du tabac, mais aussi que le Canada a joué un rôle de conseiller auprès d'un nombre déterminé de fabricants et a entretenu des rapports commerciaux avec les sociétés en cause compte tenu, en partie, des avis fournis à ces dernières par des fonctionnaires.

[54] Les allégations relatives aux rapports entre le Canada et les fabricants vont bien au-delà des déclarations que fait le Canada au grand public. Les rapports précis qu'aurait entretenus le Canada avec les fabricants se distinguent de l'absence de pareils rapports entre le Canada et les membres du groupe. Alors que les allégations relatives aux consommateurs doivent reposer sur un cadre législatif établissant des obligations fort générales envers le public, les allégations visant les fabricants découleraient principalement, non pas de tels obligations et pouvoirs généraux de réglementation, mais des fonctions exercées spécifiquement à l'égard des fabricants par le Canada, et ce, indépendamment de ses obligations légales. Il s'agit en l'occurrence de ses fonctions de concepteur, d'inventeur, et de promoteur de souches de tabac ainsi que de concédant de licence à l'égard de ces souches. Pour ce qui est de la confiance raisonnable, les pouvoirs de réglementation du Canada envers les fabricants, conjugués aux avis précis qu'il a donnés et à sa participation à des activités commerciales, pourraient être considérés comme étayant la conclusion que la confiance accordée était raisonnable dans les circonstances alléguées.

[55] Il se peut que les indices de proximité énoncés dans *Hercules Managements* dans le cas d'un lien spécial (intérêt financier direct, aptitudes ou connaissances professionnelles, avis donné dans le cours normal des affaires, délibérément ou en réponse à une demande précise) ne soient pas très

negligent misrepresentations by government. I note, however, that the representations are alleged to have been made in the course of Health Canada's regulatory and other activities, not in the course of casual interaction. They were made specifically to the manufacturers who were subject to Health Canada's regulatory powers and by officials alleged to have special skill, judgment and knowledge.

[56] Before leaving this issue, two final arguments must be considered. First, in the *Costs Recovery* case, Canada submits that there is no *prima facie* duty of care between Canada and the tobacco companies because the potential damages that the tobacco companies may incur under the CRA were not foreseeable. It argues that "[i]t was not reasonably foreseeable by Canada that a provincial government might create a wholly new type of civil obligation to reimburse costs incurred by a provincial health care scheme in respect of defined tobacco related wrongs, with unlimited retroactive and prospective reach" (A.F., at para. 36).

[57] In my view, Canada's argument was correctly rejected by the majority of the Court of Appeal. It is not necessary that Canada should have foreseen the precise statutory vehicle that would result in the tobacco companies' liability. All that is required is that it could have foreseen that its negligent misrepresentations would result in a harm of some sort to the tobacco companies: *Hercules Managements*, at paras. 25-26 and 42. On the facts pleaded, it cannot be ruled out that the tobacco companies may succeed in proving that Canada foresaw that the tobacco industry would incur this type of penalty for selling a more hazardous product. As held by Tysoe J.A., it is not necessary that Canada foresee that the liability would extend to health care costs specifically, or that provinces would create statutory causes of action to recover these costs. Rather, "[i]t is sufficient that Canada could have reasonably foreseen in a general way that the appellants would

utiles dans le contexte de déclarations inexactes que le gouvernement aurait faites par négligence. Je signale toutefois que ces déclarations auraient été faites dans le cours des activités de réglementation et des autres activités de Santé Canada, et non dans le cadre de rapports informels. Elles ont été faites précisément aux fabricants assujettis aux pouvoirs de réglementation de Santé Canada, par des fonctionnaires prétendument dotés d'aptitudes, d'une capacité de discernement et de connaissances particulières.

[56] Il faut examiner deux autres arguments avant de passer à une autre question. Premièrement, dans *l'Affaire du recouvrement des coûts*, le Canada soutient ne pas avoir d'obligation de diligence *prima facie* envers les compagnies de tabac parce que les dommages que peuvent subir les compagnies de tabac au titre de la CRA n'étaient pas prévisibles. En outre, [TRADUCTION] « [l]e Canada ne pouvait pas raisonnablement s'attendre à ce qu'un gouvernement d'une province puisse créer une obligation de droit civil entièrement nouvelle pour rembourser les coûts engagés par un régime provincial de soins de santé au titre des fautes d'un fabricant définies dans une loi et qu'il confère à cette obligation une portée rétroactive et prospective illimitée » (m.a., par. 36).

[57] À mon sens, les juges majoritaires de la Cour d'appel ont eu raison de rejeter l'argument du Canada. Le Canada n'avait pas à prévoir la mesure législative précise qui engagerait la responsabilité des compagnies de tabac. Il suffit qu'il ait été à même de prévoir que ses déclarations inexactes faites par négligence causeraient un quelconque préjudice à ces compagnies : *Hercules Managements*, par. 25-26 et 42. Compte tenu des faits allégués, il n'est pas exclu que les compagnies de tabac réussissent à prouver que le Canada s'attendait à ce que l'industrie du tabac soit pénalisée de la sorte pour avoir vendu un produit plus dangereux. Comme l'a mentionné le juge Tysoe, le Canada n'avait pas à prévoir que la responsabilité viserait précisément les coûts des soins de santé, ou que des provinces créeraient un droit d'action d'origine législative pour recouvrer ces coûts. [TRADUCTION] « Il suffit que le Canada ait pu raisonnablement prévoir de

suffer harm if the light and mild cigarettes were more hazardous to the health of smokers than regular cigarettes” (*Costs Recovery* case, at para. 78).

[58] Second, Canada argues that the relationship in this case does not meet the requirement of reasonable reliance because Canada was not acting in a commercial capacity, but rather as a regulator of an industry. It was therefore not reasonable for the tobacco companies to have relied on Canada as an advisor, it submits. This view was adopted by Hall J.A. in dissent, holding that “it could never have been the perception of the appellants that Canada was taking responsibility for their interests” (*Costs Recovery* case, at para. 51).

[59] In my view, this argument misconceives the reliance necessary for negligent misrepresentation under the test in *Hercules Managements*. When the jurisprudence refers to “reasonable reliance” in the context of negligent misrepresentation, it asks whether it was reasonable for the listener to rely on the speaker’s statement as accurate, not whether it was reasonable to believe that the speaker is guaranteeing the accuracy of its statement. It is not plain and obvious that it was unreasonable for the tobacco companies to rely on Canada’s statements about the advantages of light or mild cigarettes. In my view, Canada’s argument that it was acting as a regulator does not relate to reasonable reliance, although it exposes policy concerns that should be considered at stage two of the *Anns/Cooper* test: *Hercules Managements*, at para. 41.

[60] In sum, I conclude that the claims between the tobacco companies and Canada should not be struck out at the first stage of the analysis. The pleadings, assuming them to be true, disclose a *prima facie* duty of care in negligent misrepresentation. However, the facts as pleaded in the *Knights*

façon générale que les appelantes subiraient un préjudice si les cigarettes légères et douces étaient plus néfastes pour la santé des fumeurs que les cigarettes ordinaires » (*l’Affaire du recouvrement des coûts*, par. 78).

[58] Deuxièmement, le Canada fait valoir que le lien en l’espèce ne satisfait pas à la condition de la confiance raisonnable parce que le Canada agissait non pas comme une entreprise commerciale, mais plutôt comme une autorité de réglementation d’une industrie. Il n’était donc pas raisonnable, selon le Canada, que les compagnies de tabac se soient fiées à lui en qualité de conseiller. Le juge Hall, dissident, a souscrit à cette opinion, concluant que [TRADUCTION] « les appelantes n’auraient jamais pu croire que le Canada prenait la responsabilité de leurs intérêts » (*l’Affaire du recouvrement des coûts*, par. 51).

[59] À mon avis, cet argument dénature la confiance nécessaire en cas de déclaration inexacte faite par négligence selon le critère établi dans *Hercules Managements*. Lorsque la jurisprudence parle de « confiance raisonnable » dans le contexte d’une déclaration inexacte faite par négligence, elle pose la question de savoir s’il était raisonnable pour l’interlocuteur de se fier à l’exactitude de la déclaration, et non pas celle de savoir s’il était raisonnable de croire que l’auteur de la déclaration garantissait l’exactitude de celle-ci. Il n’est pas manifeste et évident que les compagnies de tabac se sont fiées de manière déraisonnable aux déclarations du Canada relatives aux avantages des cigarettes légères ou douces. J’estime que l’argument du Canada selon lequel il agissait en qualité d’autorité de réglementation n’a rien à voir avec la confiance raisonnable, mais il fait ressortir des considérations de politique générale qui doivent être examinées au deuxième volet du critère établi dans les arrêts *Anns* et *Cooper* : *Hercules Managements*, par. 41.

[60] En résumé, je conclus que les allégations visant les compagnies de tabac et le Canada ne doivent pas être radiées à la première étape de l’analyse. À supposer qu’ils soient exacts, les actes de procédure révèlent l’existence d’une obligation de diligence *prima facie* d’éviter les déclarations

case do not show a relationship between Canada and consumers that would give rise to a duty of care. That claim should accordingly be struck at this stage of the analysis.

(2) Stage Two: Conflicting Policy Considerations

[61] Canada submits that there can be no duty of care in the cases at bar because of stage-two policy considerations. It relies on four policy concerns: (1) that the alleged misrepresentations were policy decisions of the government; (2) that recognizing a duty of care would give rise to indeterminate liability to an indeterminate class; (3) that recognizing a duty of care would create an unintended insurance scheme; and (4) that allowing Imperial's claim would transfer responsibility for tobacco products to the government from the manufacturer, and the manufacturer "is best positioned to address liability for economic loss" (A.F., at para. 72).

[62] For the reasons that follow, I accept Canada's submission that its alleged negligent misrepresentations to the tobacco industry in both cases should not give rise to tort liability because of stage-two policy considerations. First, the alleged statements are protected expressions of government policy. Second, recognizing a duty of care would expose Canada to indeterminate liability.

(a) *Government Policy Decisions*

[63] Canada contends that it had a policy of encouraging smokers to consume low-tar cigarettes,

inexactes faites par négligence. Toutefois, les faits, tels qu'ils ont été plaidés dans l'*Affaire Knight*, ne démontrent pas l'existence, entre le Canada et les consommateurs, d'une relation qui donnerait naissance à une obligation de diligence. Cette allégation doit donc être radiée à cette étape de l'analyse.

(2) Deuxième étape de l'analyse : considérations de politique générale opposées

[61] Le Canada fait valoir qu'il ne peut y avoir d'obligation de diligence dans les présentes affaires en raison des considérations de politique générale qui entrent en jeu à la deuxième étape de l'analyse. Le Canada invoque à cet égard quatre considérations de cette nature : (1) les prétendues déclarations inexactes constituaient des décisions de politique générale du gouvernement; (2) la reconnaissance d'une obligation de diligence entraînerait la création d'une responsabilité indéterminée envers une catégorie indéterminée de personnes; (3) la reconnaissance d'une telle obligation aurait pour effet imprévu d'instaurer un régime d'assurance; et (4) si l'on fait droit à la demande d'Imperial, la responsabilité à l'égard des produits du tabac passerait du fabricant au gouvernement, et le fabricant [TRADUCTION] « est le mieux en mesure d'assumer la responsabilité des pertes financières » (m.a., par. 72).

[62] Pour les motifs exposés ci-après, je retiens la prétention du Canada selon laquelle les déclarations inexactes qu'il aurait faites par négligence à l'industrie du tabac dans les deux affaires ne doivent pas engager sa responsabilité délictuelle en raison des considérations de politique générale qui entrent en jeu à la deuxième étape de l'analyse. D'abord, les déclarations alléguées sont des expressions protégées de politique générale du gouvernement. Ensuite, la reconnaissance d'une obligation de diligence exposerait le Canada à une responsabilité indéterminée.

a) *Décisions de politique générale du gouvernement*

[63] Le Canada prétend qu'il avait pour politique générale d'encourager les fumeurs à consommer

and pursuant to this policy, promoted this variety of cigarette and developed strains of low-tar tobacco. Canada argues that statements made pursuant to this policy cannot ground tort liability. It relies on the statement of Cory J. in *Just v. British Columbia*, [1989] 2 S.C.R. 1228, that “[t]rue policy decisions should be exempt from tortious claims so that governments are not restricted in making decisions based upon social, political or economic factors” (p. 1240).

[64] The tobacco companies, for their part, contend that Canada’s actions were not matters of policy, but operational acts implementing policy, and therefore, are subject to tort liability. They submit that Canada’s argument fails to account for the “facts” as pleaded in the third-party notices, namely that Canada was acting in an operational capacity, and as a participant in the tobacco industry. The tobacco companies also argue that more evidence is required to determine if the government’s actions were operational or pursuant to policy, and that the matter should therefore be permitted to go to trial.

[65] In the *Knight* case, the majority in the Court of Appeal, *per* Tysoe J.A., agreed with Imperial’s submissions, holding that “evidence is required to determine which of the actions and statements of Canada in this case were policy decisions and which were operational decisions” (para. 52). Hall J.A. dissented; in his view, it was clear that all of Canada’s initiatives were matters of government policy:

[Canada] had a responsibility, as pleaded in the Third Party Notice, to protect the health of the Canadian public including smokers. Any initiatives it took to develop less hazardous strains of tobacco, or to publish the tar and nicotine yields of different cigarette brands were directed to this end. While the development of

des cigarettes à faible teneur en goudron, et qu’il a promu ce type de cigarette et développé des souches de tabac à faible teneur en goudron conformément à cette politique. Il ajoute que les déclarations faites en application de cette politique générale ne sauraient fonder une responsabilité délictuelle. Il s’appuie sur les propos suivants tenus par le juge Cory dans *Just c. Colombie-Britannique*, [1989] 2 R.C.S. 1228 : « Les véritables décisions de politique devraient être à l’abri des poursuites en responsabilité délictuelle, de sorte que les gouvernements soient libres de prendre leurs décisions en fonction de facteurs sociaux, politiques ou économiques » (p. 1240-1241).

[64] Pour leur part, les compagnies de tabac prétendent que les actes du Canada ne relevaient pas de la politique générale; il s’agissait plutôt d’actes de mise en œuvre d’une politique générale qui engagent pour cette raison la responsabilité délictuelle du Canada. Selon elles, l’argument du Canada ne tient pas compte des « faits » allégués dans les avis de mise en cause, soit que le Canada exerçait une fonction opérationnelle en tant que membre de l’industrie du tabac. Les compagnies de tabac prétendent aussi qu’il faut plus d’éléments de preuve pour décider si les actes du gouvernement étaient de nature opérationnelle ou conformes à une politique générale, et que l’affaire doit être instruite pour cette raison.

[65] Dans l’*Affaire Knight*, les juges majoritaires de la Cour d’appel, sous la plume du juge Tysoe, ont souscrit aux prétentions d’Imperial, affirmant qu’[TRADUCTION] « une preuve est nécessaire pour déterminer lesquels des actes et déclarations du Canada en l’espèce constituaient des décisions de politique générale et lesquels étaient des décisions opérationnelles » (par. 52). Le juge Hall était dissident; à son avis, toutes les initiatives du Canada relevaient manifestement de la politique générale du gouvernement :

[TRADUCTION] Tel qu’il est allégué dans l’avis de mise en cause, [le Canada] avait la responsabilité de protéger la santé de la population canadienne, y compris les fumeurs. Toutes les mesures qu’il a prises pour développer des souches de tabac moins dangereuses, ou pour rendre publiques les teneurs en goudron et en nicotine

new strains of tobacco involved Agriculture Canada, in my view the government engaged in such activities as a regulator of the tobacco industry seeking to protect the health interests of the Canadian public. Policy considerations underlaid all of these various activities undertaken by departments of the federal government. [para. 100]

[66] In order to resolve the issue of whether the alleged “policy” nature of Canada’s conduct negates the *prima facie* duty of care for negligent misrepresentation established at stage one of the analysis, it is necessary to first consider several preliminary matters.

(i) Conduct at Issue

[67] The first preliminary matter is the conduct at issue for purposes of this discussion. The third-party notices describe two distinct types of conduct — one that is related to the allegation of negligent misrepresentation and one that is not. The first type of conduct relates to representations by Canada that low-tar and light cigarettes were less harmful to health than other cigarettes. The second type of conduct relates to Agriculture Canada’s role in developing and growing a strain of low-tar tobacco and collecting royalties on the product. In argument, the tobacco companies merged the two types of conduct, emphasizing aspects that cast Canada in the role of a business operator in the tobacco industry. However, in considering negligent misrepresentation, only the first type of conduct — conduct relevant to statements and representations made by Canada — is at issue.

(ii) Relevance of Evidence

[68] This brings us to the second and related preliminary matter — the helpfulness of evidence in resolving the question of whether the third-party claims for negligent misrepresentation should be

de différentes marques de cigarettes, visaient cet objectif. Bien qu’Agriculture Canada ait participé au développement de nouvelles souches de tabac, j’estime que le gouvernement s’est livré à pareilles activités en qualité d’autorité de réglementation de l’industrie du tabac dans le but de protéger la santé de la population canadienne. Des considérations de politique générale sous-tendaient l’ensemble des diverses activités susmentionnées entreprises par les ministères fédéraux. [par. 100]

[66] Pour régler la question de savoir si la nature censément « politique » de la conduite du Canada a pour effet d’écarter l’obligation de diligence *prima facie* en matière de déclarations inexactes faites par négligence, une obligation dont l’existence a été établie à la première étape de l’analyse, il faut d’abord examiner plusieurs questions préliminaires.

(i) La conduite en cause

[67] La conduite en cause est la première question préliminaire à examiner dans le cadre de la présente analyse. Les avis de mise en cause traitent de deux types distincts de conduite : la conduite visée par l’allégation de déclaration inexacte faite par négligence et la conduite non visée par cette allégation. La première a trait aux déclarations du Canada selon lesquelles les cigarettes à faible teneur en goudron et les cigarettes légères étaient moins nuisibles pour la santé que les autres cigarettes. La deuxième conduite a trait au rôle joué par Agriculture Canada dans le développement et la culture d’une souche de tabac à faible teneur en goudron ainsi que dans la perception des redevances sur le produit. Les compagnies de tabac ont fusionné les deux types de conduite dans leur plaidoirie, en faisant ressortir des éléments qui campent le Canada dans un rôle de commerçant dans l’industrie du tabac. Toutefois, dans l’analyse des déclarations inexactes faites par négligence, seul est en cause le premier type de conduite, celui relatif aux déclarations du Canada.

(ii) La pertinence de la preuve

[68] Cela nous amène à la deuxième question préliminaire connexe : l’utilité de la preuve pour déterminer s’il convient de radier les demandes de mise en cause fondées sur les déclarations inexactes faites

struck. The majority of the Court of Appeal concluded that evidence was required to establish whether Canada's alleged misrepresentations were made pursuant to a government policy. Likewise, the tobacco companies in this Court argued strenuously that insofar as Canada was developing, growing, and profiting from low-tar tobacco, it should not be regarded as a government regulator or policy maker, but rather a business operator. Evidence was required, they urged, to determine the extent to which this was business activity.

[69] There are two problems with this argument. The first is that, as mentioned, it relies mainly on conduct — the development and marketing of a strain of low-tar tobacco — that is not directly related to the allegation of negligent misrepresentation. The only question at this point of the analysis is whether policy considerations weigh against finding that Canada was under a duty of care to the tobacco companies to take reasonable care to accurately represent the qualities of low-tar tobacco. Whether Canada produced strains of low-tar tobacco is not directly relevant to that inquiry. The question is whether, insofar as it made statements on this matter, policy considerations militate against holding it liable for those statements.

[70] The second problem with the argument is that, as discussed above, a motion to strike is, by its very nature, not dependent on evidence. The facts pleaded must be assumed to be true. Unless it is plain and obvious that on those facts the action has no reasonable chance of success, the motion to strike must be refused. To put it another way, if there is a reasonable chance that the matter as pleaded may in fact turn out not to be a matter of policy, then the application to strike must be dismissed. Doubts as to what may be proved in the

par négligence. La Cour d'appel a conclu à la majorité qu'une preuve était nécessaire pour établir si les déclarations inexactes attribuées au Canada avaient été faites conformément à une politique générale du gouvernement. Dans la même veine, les compagnies de tabac ont soutenu vigoureusement devant notre Cour que, dans la mesure où le Canada développait et cultivait du tabac à faible teneur en goudron et en tirait profit, il devrait être considéré non pas comme une autorité de réglementation du gouvernement ou un architecte des politiques publiques, mais comme un commerçant. Les compagnies de tabac ont fait valoir avec insistance qu'une preuve était nécessaire pour déterminer la mesure dans laquelle il s'agissait d'une activité commerciale.

[69] Cet argument pose problème à deux égards. Premièrement, comme je l'ai mentionné, il repose principalement sur des actes — le développement et la commercialisation d'une souche de tabac à faible teneur en goudron — qui n'ont pas de lien direct avec l'allégation de déclarations inexactes faites par négligence. La seule question qui se pose à ce stade de l'analyse est de savoir si les considérations de politique générale militent contre la conclusion que le Canada avait envers les compagnies de tabac l'obligation de prendre les mesures raisonnables pour énoncer correctement les avantages du tabac à faible teneur en goudron. La question de savoir si le Canada a produit des souches de tabac à faible teneur en goudron n'est pas directement pertinente pour cette analyse. Il s'agit plutôt de savoir si, dans la mesure où le Canada a fait des déclarations à cet égard, des considérations de politique générale nous empêcheraient de le tenir responsable de ces déclarations.

[70] Deuxièmement, comme je l'ai déjà indiqué, une requête en radiation ne dépend pas, de par sa nature, de la preuve. Les faits allégués doivent être tenus pour avérés. Le rejet de la requête en radiation s'impose, à moins qu'il ne soit évident et manifeste, d'après ces faits, que l'action n'a aucune possibilité raisonnable de succès. Autrement dit, s'il existe une possibilité raisonnable que la question alléguée s'avère en fait une question de politique générale, la requête en radiation doit alors être rejetée. Les doutes quant à ce que la preuve peut démontrer

evidence should be resolved in favour of proceeding to trial. The question for us is therefore whether, assuming the facts pleaded to be true, it is plain and obvious that any duty of care in negligent misrepresentation would be defeated on the ground that the conduct grounding the alleged misrepresentation is a matter of government policy and hence not capable of giving rise to liability in tort.

[71] Before we can answer this question, we must consider a third preliminary issue: what constitutes a policy decision immune from review by the courts?

(iii) What Constitutes a Policy Decision Immune From Judicial Review?

[72] The question of what constitutes a policy decision that is generally protected from negligence liability is a vexed one, upon which much judicial ink has been spilled. There is general agreement in the common law world that government policy decisions are not justiciable and cannot give rise to tort liability. There is also general agreement that governments may attract liability in tort where government agents are negligent in carrying out prescribed duties. The problem is to devise a workable test to distinguish these situations.

[73] The jurisprudence reveals two approaches to the problem, one emphasizing discretion, the other, policy, each with variations. The first approach focuses on the discretionary nature of the impugned conduct. The “discretionary decision” approach was first adopted in *Home Office v. Dorset Yacht Co.*, [1970] 2 W.L.R. 1140 (H.L.). This approach holds that public authorities should be exempt from liability if they are acting within their discretion, unless the challenged decision is irrational.

ne devraient pas empêcher la tenue d’un procès. La question dont nous sommes saisis est donc de savoir s’il ressort clairement des faits tenus pour avérés qu’une obligation de faire diligence afin d’éviter les déclarations inexactes faites par négligence serait écartée parce que la conduite à l’origine de la déclaration inexacte alléguée relève d’une politique générale du gouvernement et n’est donc pas susceptible d’engager la responsabilité délictuelle de son auteur.

[71] Pour être en mesure de répondre à cette question, nous devons examiner une troisième question préliminaire : en quoi consiste une décision de politique générale soustraite au contrôle judiciaire?

(iii) Les décisions de politique générale soustraites au contrôle judiciaire

[72] La question de savoir en quoi consiste une décision de politique générale qui écarte généralement toute responsabilité pour négligence est une question épineuse qui a fait couler beaucoup d’encre. Les tribunaux de common law de partout dans le monde s’entendent généralement pour dire que les décisions de politique générale des gouvernements ne sont pas justiciables et ne peuvent engager la responsabilité délictuelle de ces derniers. On s’entend aussi généralement pour dire que la responsabilité délictuelle de l’État peut être engagée lorsque ses mandataires exercent de façon négligente des fonctions prescrites. La difficulté tient à l’élaboration d’un critère qui permette de distinguer ces situations.

[73] La jurisprudence révèle l’existence de deux méthodes d’analyse utilisées pour résoudre cette difficulté, l’une étant axée sur la notion de pouvoir discrétionnaire, et l’autre sur la notion de politique générale, et chacune a ses propres variantes. La première méthode met l’accent sur la nature discrétionnaire de la conduite reprochée. La méthode fondée sur la [TRADUCTION] « décision discrétionnaire » a été retenue pour la première fois dans *Home Office c. Dorset Yacht Co.*, [1970] 2 W.L.R. 1140 (H.L.). Selon cette méthode, les autorités publiques doivent être exonérées de toute responsabilité lorsqu’elles agissent dans l’exercice de leur pouvoir discrétionnaire, à moins que la décision attaquée ne soit irrationnelle.

[74] The second approach emphasizes the “policy” nature of protected state conduct. Policy decisions are conceived of as a subset of discretionary decisions, typically characterized as raising social, economic and political considerations. These are sometimes called “true” or “core” policy decisions. They are exempt from judicial consideration and cannot give rise to liability in tort, provided they are neither irrational nor taken in bad faith. A variant of this is the policy/operational test, in which “true” policy decisions are distinguished from “operational” decisions, which seek to implement or carry out settled policy. To date, the policy/operational approach is the dominant approach in Canada: *Just; Brown v. British Columbia (Minister of Transportation and Highways)*, [1994] 1 S.C.R. 420; *Swinamer v. Nova Scotia (Attorney General)*, [1994] 1 S.C.R. 445; *Lewis (Guardian ad litem of) v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1145.

[75] To complicate matters, the concepts of discretion and policy overlap and are sometimes used interchangeably. Thus Lord Wilberforce in *Anns* defined policy as a synonym for discretion (p. 754).

[76] There is wide consensus that the law of negligence must account for the unique role of government agencies: *Just*. On the one hand, it is important for public authorities to be liable in general for their negligent conduct in light of the pervasive role that they play in all aspects of society. Exempting all government actions from liability would result in intolerable outcomes. On the other hand, “the Crown is not a person and must be free to govern and make true policy decisions without becoming subject to tort liability as a result of those decisions”: *Just*, at p. 1239. The challenge,

[74] La seconde méthode insiste sur la qualité de « politique générale » de la conduite de l’État bénéficiant d’une protection. On considère que les décisions de politique générale forment un sous-groupe de décisions discrétionnaires, qui font habituellement intervenir des considérations d’ordre social, économique et politique. Elles sont parfois qualifiées de « véritables » décisions de politique générale ou décisions de politique générale « fondamentale ». Les décisions de politique générale sont soustraites au contrôle judiciaire et ne peuvent engager la responsabilité délictuelle de l’État, sauf si elles sont irrationnelles ou ont été prises de mauvaise foi. Une variante de cette méthode est le critère politique générale-opérations, lequel fait la distinction entre les « véritables » décisions de politique générale et les décisions « opérationnelles », qui visent la mise en œuvre ou l’application d’une politique générale établie. De nos jours, c’est le critère politique générale-opérations qui prévaut au Canada : *Just; Brown c. Colombie-Britannique (Ministre des Transports et de la Voirie)*, [1994] 1 R.C.S. 420; *Swinamer c. Nouvelle-Écosse (Procureur général)*, [1994] 1 R.C.S. 445; *Lewis (Tutrice à l’instance de) c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1145.

[75] Pour compliquer les choses, les notions de pouvoir discrétionnaire et de politique générale se chevauchent et sont parfois employées de manière interchangeable. Ainsi, dans *Anns*, lord Wilberforce a décrit la notion de politique générale comme étant synonyme de pouvoir discrétionnaire (p. 754).

[76] On admet généralement que le droit de la négligence doit prendre en compte le rôle unique des organismes gouvernementaux : *Just*. D’une part, il importe que les organismes publics soient responsables en général de leur négligence compte tenu du grand rôle qu’ils jouent dans tous les aspects de la vie en société. Soustraire les gouvernements à toute responsabilité pour leurs actes entraînerait des conséquences inacceptables. Par contre, « la Couronne n’est pas une personne et elle doit pouvoir être libre de gouverner et de prendre de véritables décisions de politique sans encourir pour autant une

to repeat, is to fashion a just and workable legal test.

[77] The main difficulty with the “discretion” approach is that it has the potential to create an overbroad exemption for the conduct of government actors. Many decisions can be characterized as to some extent discretionary. For this reason, this approach has sometimes been refined or replaced by tests that narrow the scope of the discretion that confers immunity.

[78] The main difficulty with the policy/operational approach is that courts have found it notoriously difficult to decide whether a particular government decision falls on the policy or operational side of the line. Even low-level state employees may enjoy some discretion related to how much money is in the budget or which of a range of tasks is most important at a particular time. Is the decision of a social worker when to visit a troubled home, or the decision of a snow-plow operator when to sand an icy road, a policy decision or an operational decision? Depending on the circumstances, it may be argued to be either or both. The policy/operational distinction, while capturing an important element of why some government conduct should generally be shielded from liability, does not work very well as a legal test.

[79] The elusiveness of a workable test to define policy decisions protected from judicial review is captured by the history of the issue in various courts. I begin with the House of Lords. The House initially adopted the view that all discretionary decisions of government are immune, unless they are irrational: *Dorset Yacht*. It then moved on to a two-stage test that asked first whether the decision was discretionary and, if so, rational; and asked second whether it was a core policy decision,

responsabilité civile délictuelle » : *Just*, p. 1239. La difficulté, encore une fois, consiste à formuler un critère juridique équitable et utile.

[77] La principale difficulté que pose la méthode d'analyse fondée sur la notion de « décision discrétionnaire » réside dans la possibilité qu'elle applique à la conduite des acteurs gouvernementaux une exemption trop générale. Bien des décisions peuvent être qualifiées de discrétionnaires dans une certaine mesure. Cette méthode d'analyse a donc parfois été peaufinée ou remplacée par des critères restreignant le pouvoir discrétionnaire qui dégage son titulaire de toute responsabilité.

[78] La principale difficulté que pose le critère politique générale-opérations tient au fait qu'il est notoirement difficile pour les tribunaux de décider si une décision gouvernementale donnée relève d'une politique générale ou des opérations. Même des fonctionnaires aux échelons inférieurs peuvent jouir d'un certain pouvoir discrétionnaire pour ce qui est d'établir le montant des fonds disponibles ou de décider quelle tâche parmi d'autres revêt le plus d'importance à un moment donné. La décision d'un travailleur social quant au moment de rendre visite à une famille perturbée, ou celle d'un conducteur de chasse-neige quant au moment d'épandre du sable sur une route glacée, sont-elles des décisions de politique générale ou des décisions opérationnelles? On peut soutenir que les deux réponses sont bonnes, selon les circonstances. Bien qu'elle illustre un facteur clé en raison duquel certains actes du gouvernement doivent généralement être à l'abri de toute responsabilité, la distinction politique générale-opérations ne constitue pas un critère juridique très utile.

[79] L'historique du traitement de la question par différents tribunaux illustre la difficulté que présente l'élaboration d'un critère utile pour décrire les décisions de politique générale soustraites au contrôle judiciaire. Commençons par la Chambre des lords, qui estimait au départ que toutes les décisions discrétionnaires du gouvernement qui ne sont pas irrationnelles sont soustraites au contrôle judiciaire : *Dorset Yacht*. Elle a ensuite appliqué un critère à deux volets, en se demandant en

in which case it was entirely exempt from judicial scrutiny: *X v. Bedfordshire County Council*, [1995] 3 All E.R. 353. Within a year of adopting this two-stage test, the House abandoned it with a ringing declamation of the policy/operational distinction as unworkable in difficult cases, a point said to be evidenced by the Canadian jurisprudence: *Stovin v. Wise*, [1996] A.C. 923 (H.L.), *per* Lord Hoffmann. In its most recent foray into the subject, the House of Lords affirmed that both the policy/operational distinction and the discretionary decision approach are valuable tools for discerning which government decisions attract tort liability, but held that the final test is a “justiciability” test: *Barrett v. Enfield London Borough Council*, [2001] 2 A.C. 550. The ultimate question on this test is whether the court is institutionally capable of deciding on the question, or “whether the court should accept that it has no role to play” (p. 571). Thus at the end of the long judicial voyage the traveller arrives at a test that essentially restates the question. When should the court hold that a government decision is protected from negligence liability? When the court concludes that the matter is one for the government and not the courts.

[80] Australian judges in successive cases have divided between a discretionary/irrationality model and a “true policy” model. In *Sutherland Shire Council v. Heyman* (1985), 157 C.L.R. 424 (H.C.), two of the justices (Gibbs C.J. and Wilson J.) adopted the *Dorset Yacht* rule that all discretionary decisions are immune, provided they are rational (p. 442). They endorsed the policy/operational distinction as a logical test for discerning which decisions should be protected, and adopted Lord Wilberforce’s definition of policy as a synonym for discretion. Mason J., by contrast, held that only core policy decisions, which he viewed as a narrower subset of discretionary decisions, were protected (p. 500). Deane J. agreed with Mason J.

premier lieu si la décision était discrétionnaire et, dans l’affirmative, si elle était rationnelle; elle s’est demandé en second lieu s’il s’agissait d’une décision de politique fondamentale, et donc entièrement soustraite à l’examen judiciaire : *X c. Bedfordshire County Council*, [1995] 3 All E.R. 353. Moins d’un an après avoir retenu ce critère à deux volets, la Chambre des lords l’a laissé tomber en déclamant de manière retentissante que le critère politique générale-opérations était inapplicable dans les cas difficiles, ce dont témoignerait la jurisprudence canadienne : *Stovin c. Wise*, [1996] A.C. 923 (H.L.), lord Hoffmann. Lors de sa dernière incursion dans ce domaine, la Chambre des lords a mentionné que tant le critère politique générale-opérations que l’analyse fondée sur la notion de décision discrétionnaire sont utiles pour déterminer les décisions du gouvernement qui engagent la responsabilité délictuelle de celui-ci, mais elle a jugé que le critère final en est un de « justiciabilité » : *Barrett c. Enfield London Borough Council*, [2001] 2 A.C. 550. Selon ce critère, il s’agit de savoir, en définitive, si le tribunal est habile, sur le plan institutionnel, à trancher la question ou [TRADUCTION] « si le tribunal doit reconnaître qu’il n’a pas à intervenir » (p. 571). Ainsi, à la fin de ce long périple jurisprudentiel, on se retrouve avec un critère qui ne fait que reformuler la question. Quand le tribunal doit-il juger qu’une décision gouvernementale ne donne pas prise à la responsabilité pour négligence? Quand le tribunal conclut que l’affaire est du ressort du gouvernement et non des tribunaux.

[80] Des juges australiens s’étant prononcés dans des décisions successives sont partagés entre le modèle décision discrétionnaire-décision irrrationnelle et celui de la « véritable décision de politique générale ». Dans *Sutherland Shire Council c. Heyman* (1985), 157 C.L.R. 424 (H.C.), deux des juges (le juge en chef Gibbs et le juge Wilson) ont adopté la règle établie dans l’arrêt *Dorset Yacht*, selon laquelle toutes les décisions discrétionnaires échappent au contrôle judiciaire, pourvu qu’elles soient rationnelles (p. 442). Ils ont souscrit à la thèse que la distinction entre la politique générale et les opérations était un critère logique pour déterminer quelles décisions ne donnent pas prise à la responsabilité, et ils ont fait leur la description de lord

for somewhat different reasons. Brennan J. did not comment on which test should be adopted, leaving the test an open question. The Australian High Court again divided in *Pyrenees Shire Council v. Day*, [1998] HCA 3, 192 C.L.R. 330, with three justices holding that a discretionary government action will only attract liability if it is irrational and two justices endorsing different versions of the policy/operational distinction.

Wilberforce voulant que la politique générale soit synonyme de pouvoir discrétionnaire. Pour sa part, le juge Mason a affirmé que l'État bénéficiait de la protection uniquement à l'égard des décisions de politique générale fondamentale, qu'il considérait comme un sous-groupe plus restreint de décisions discrétionnaires (p. 500). Le juge Deane a souscrit à l'opinion du juge Mason, mais pour des raisons quelque peu différentes. Quant au juge Brennan, il n'a pas dit quel critère devrait être retenu, laissant cette question en suspens. La Haute Cour d'Australie était encore une fois divisée dans *Pyrenees Shire Council c. Day*, [1998] HCA 3, 192 C.L.R. 330, où trois juges ont conclu qu'une mesure gouvernementale discrétionnaire n'engage la responsabilité de l'État que si elle est irrationnelle, et deux juges ont retenu des versions différentes du critère politique générale-opérations.

[81] In the United States, the liability of the federal government is governed by the *Federal Tort Claims Act* of 1946, 28 U.S.C. ("FTCA"), which waived sovereign immunity for torts, but created an exemption for discretionary decisions. Section 2680(a) excludes liability in tort for

[81] Aux États-Unis, la responsabilité du gouvernement fédéral est régie par la *Federal Tort Claims Act* de 1946, 28 U.S.C. (« FTCA »), qui écarte l'immunité absolue à l'égard de la responsabilité délictuelle, mais crée une exemption en faveur des décisions discrétionnaires. L'alinéa 2680a) écarte la responsabilité du gouvernement à l'égard de

[a]ny claim based upon an act or omission of an employee of the Government, exercising due care, in the execution of a statute or regulation, whether or not such statute or regulation be valid, or based upon the exercise or performance or the failure to exercise or perform a discretionary function or duty on the part of a federal agency or an employee of the Government, whether or not the discretion involved be abused.

[TRADUCTION] [t]oute poursuite fondée sur l'acte ou l'omission d'un fonctionnaire dans l'exécution diligente d'une loi ou d'un règlement, que ces derniers soient ou non valides, ou fondée sur l'exercice ou le défaut d'exercice d'une fonction ou d'un pouvoir discrétionnaire de la part d'un organisme fédéral ou d'un fonctionnaire, qu'il y ait eu ou non exercice abusif de ce pouvoir discrétionnaire.

Significantly, s. 2680(h) of the *FTCA* exempts the federal government from any claim of misrepresentation, either intentional or negligent: *Office of Personnel Management v. Richmond*, 496 U.S. 414 (1990), at p. 430; *United States v. Neustadt*, 366 U.S. 696 (1961).

Fait important, l'al. 2680h) de la *FTCA* soustrait le gouvernement fédéral à toute poursuite pour déclaration inexacte, faite délibérément ou par négligence : *Office of Personnel Management c. Richmond*, 496 U.S. 414 (1990), p. 430; *United States c. Neustadt*, 366 U.S. 696 (1961).

[82] Without detailing the complex history of the American jurisprudence on the issue, it suffices to say that the cases have narrowed the concept of discretion in the *FTCA* by reference to the concept of policy. Some cases develop this analysis by distinguishing between policy and operational decisions:

[82] Sans entrer dans les détails de l'historique complexe de la jurisprudence américaine en la matière, il suffit de dire que les tribunaux ont restreint le concept de pouvoir discrétionnaire énoncé dans la *FTCA* en invoquant la notion de politique générale. Dans certaines décisions, ils développent

e.g., *Dalehite v. United States*, 346 U.S. 15 (1953). The Supreme Court of the United States has since distanced itself from the approach of defining a true policy decision negatively as “not operational”, in favour of an approach that asks whether the impugned state conduct was based on public policy considerations. In *United States v. Gaubert*, 499 U.S. 315 (1991), White J. faulted the Court of Appeals for relying on “a nonexistent dichotomy between discretionary functions and operational activities” (p. 326). He held that the “discretionary function exception” of the *FTCA* “protects only governmental actions and decisions based on considerations of public policy” (at p. 323, citing *Berkovitz v. United States*, 486 U.S. 531 (1988), at p. 537 (emphasis added)), such as those involving social, economic and political considerations: see also *United States v. S.A. Empresa de Viacao Aerea Rio Grandense (Varig Airlines)*, 467 U.S. 797 (1984).

[83] In *Gaubert*, only Scalia J. found lingering appeal in defining policy decisions as “not operational”, but only in the narrow sense that people at the operational level will seldom make policy decisions. He stated that “there is something to the planning vs. operational dichotomy — though . . . not precisely what the Court of Appeals believed” (p. 335). That “something” is that “[o]rdinarily, an employee working at the operational level is not responsible for policy decisions, even though policy considerations may be highly relevant to his actions”. For Scalia J., a government decision is a protected policy decision if it “ought to be informed by considerations of social, economic, or political policy and is made by an officer whose official responsibilities include assessment of those considerations”.

cette analyse en distinguant les décisions de politique générale des décisions opérationnelles : p. ex. *Dalehite c. United States*, 346 U.S. 15 (1953). La Cour suprême des États-Unis s’est depuis distanciée de l’approche qui consiste à décrire de façon négative une véritable décision de politique générale comme une décision [TRADUCTION] « n’étant pas de nature opérationnelle » et favorise une approche visant à déterminer si la conduite contestée de l’État reposait sur des considérations d’intérêt public. Dans *United States c. Gaubert*, 499 U.S. 315 (1991), le juge White a reproché à la Court of Appeals de se fonder sur une [TRADUCTION] « dichotomie inexistante entre les fonctions discrétionnaires et les activités opérationnelles » (p. 326). Selon lui, l’« exception relative aux fonctions discrétionnaires » prévue par la *FTCA* « ne vise que les mesures et les décisions du gouvernement qui reposent sur des considérations d’intérêt public » (p. 323, citant *Berkovitz c. United States*, 486 U.S. 531 (1988), p. 537 (je souligne)), comme celles faisant intervenir des considérations sociales, économiques ou politiques; voir aussi *United States c. S.A. Empresa de Viacao Aerea Rio Grandense (Varig Airlines)*, 467 U.S. 797 (1984).

[83] Dans *Gaubert*, seul le juge Scalia trouvait encore attrayante l’idée de définir les décisions de politique générale comme des décisions [TRADUCTION] « n’étant pas de nature opérationnelle », mais seulement au sens strict selon lequel les employés au niveau opérationnel prennent rarement des décisions de politique générale. Selon lui, [TRADUCTION] « un facteur intervient dans la dichotomie entre la planification et les opérations [. . .] mais ce n’est pas tout à fait ce que les cours d’appel avaient en tête » (p. 335). Ce « facteur », c’est que, « [h]abituellement, un employé au niveau opérationnel n’a pas à prendre des décisions de politique générale, même si ses actes peuvent être étroitement liés à des considérations de cette nature ». D’après le juge Scalia, une décision du gouvernement constitue une décision de politique générale bénéficiant de protection si elle « doit tenir compte de considérations sociales, économiques ou politiques et si elle est prise par un fonctionnaire dont l’une des responsabilités officielles consiste à évaluer ces considérations ».

[84] A review of the jurisprudence provokes the following observations. The first is that a test based simply on the exercise of government discretion is generally now viewed as too broad. Discretion can imbue even routine tasks, like driving a government vehicle. To protect all government acts that involve discretion unless they are irrational simply casts the net of immunity too broadly.

[85] The second observation is that there is considerable support in all jurisdictions reviewed for the view that “true” or “core” policy decisions should be protected from negligence liability. The current Canadian approach holds that only “true” policy decisions should be so protected, as opposed to operational decisions: *Just*. The difficulty in defining such decisions does not detract from the fact that the cases keep coming back to this central insight. Even the most recent “justiciability” test in the U.K. looks to this concept for support in defining what should be viewed as justiciable.

[86] A third observation is that defining a core policy decision negatively as a decision that is not an “operational” decision may not always be helpful as a stand-alone test. It posits a stark dichotomy between two water-tight compartments — policy decisions and operational decisions. In fact, decisions in real life may not fall neatly into one category or the other.

[87] Instead of defining protected policy decisions negatively, as “not operational”, the majority in *Gaubert* defines them positively as discretionary legislative or administrative decisions and conduct that are grounded in social, economic, and

[84] Les observations suivantes s'imposent comme suite à l'analyse de la jurisprudence. Premièrement, un critère fondé uniquement sur l'exercice du pouvoir discrétionnaire du gouvernement est maintenant perçu par la plupart des tribunaux comme étant trop général. Même les tâches courantes, comme la conduite d'un véhicule du gouvernement, peuvent requérir l'exercice d'un certain pouvoir discrétionnaire. Soustraire à l'examen judiciaire tous les actes de l'administration publique qui font intervenir un pouvoir discrétionnaire, pourvu qu'ils ne soient pas irrationnels, a pour effet de donner une portée trop large à l'immunité.

[85] Deuxièmement, un grand nombre de tribunaux dans tous les ressorts visés par l'analyse s'entendent pour dire que l'État devrait être soustrait à toute responsabilité pour négligence dans les cas de « véritables » décisions de politique générale ou de décisions de politique générale « fondamentale ». Selon le point de vue qui prévaut au Canada, seules les « véritables » décisions de politique générale (par opposition aux décisions opérationnelles) ne devraient pas donner prise à cette responsabilité : *Just*. La difficulté liée à la détermination des décisions de cette nature ne change rien au fait que les tribunaux s'en remettent encore à ces indications essentielles. Même le critère de « justiciabilité » établi tout récemment au Royaume-Uni s'inspire de ce concept pour déterminer ce qui doit être perçu comme étant justiciable.

[86] Troisièmement, le fait de définir négativement une décision de politique générale fondamentale comme une décision n'étant pas de nature « opérationnelle » ne constitue peut-être pas un critère distinct utile dans tous les cas. Ce critère suppose une nette dichotomie entre deux compartiments étanches : les décisions de politique générale et les décisions opérationnelles. Dans les faits, il est possible que les décisions n'appartiennent pas clairement à l'une ou l'autre de ces catégories.

[87] Au lieu de définir négativement les décisions de politique générale à l'abri de l'examen judiciaire comme des décisions [TRADUCTION] « n'étant pas de nature opérationnelle », les juges majoritaires dans *Gaubert* les décrivent positivement comme

political considerations. Generally, policy decisions are made by legislators or officers whose official responsibility requires them to assess and balance public policy considerations. The decision is a considered decision that represents a “policy” in the sense of a general rule or approach, applied to a particular situation. It represents “a course or principle of action adopted or proposed by a government”: *New Oxford Dictionary of English* (1998), at p. 1434. When judges are faced with such a course or principle of action adopted by a government, they generally will find the matter to be a policy decision. The weighing of social, economic, and political considerations to arrive at a course or principle of action is the proper role of government, not the courts. For this reason, decisions and conduct based on these considerations cannot ground an action in tort.

[88] Policy, used in this sense, is not the same thing as discretion. Discretion is concerned with whether a particular actor had a choice to act in one way or the other. Policy is a narrow subset of discretionary decisions, covering only those decisions that are based on public policy considerations, like economic, social and political considerations. Policy decisions are always discretionary, in the sense that a different policy could have been chosen. But not all discretionary decisions by government are policy decisions.

[89] While the main focus on the *Gaubert* approach is on the nature of the decision, the role of the person who makes the decision may be of assistance. Did the decision maker have the responsibility of looking at social, economic or political factors and formulating a “course” or “principle” of action with respect to a particular problem facing the government? Without suggesting that

étant des décisions et des mesures discrétionnaires d’ordre législatif ou administratif qui se fondent sur des considérations sociales, économiques ou politiques. Les décisions de politique générale sont habituellement prises par le législateur ou un fonctionnaire tenu officiellement d’évaluer et de mettre en balance des considérations d’intérêt public. La décision est réfléchie et traduit une « politique générale » dans le sens d’une règle ou orientation générale appliquée dans une situation précise. La politique désigne une « ligne de conduite adoptée par un organisme [. . .] public » : *Multidictionnaire de la langue française*, p. 1261. Les juges saisis d’une pareille ligne de conduite adoptée par un organisme public estiment généralement qu’il s’agit d’une décision de politique générale. Il appartient véritablement au gouvernement, et non aux tribunaux, de mettre en balance des considérations sociales, économiques et politiques pour en arriver à une ligne de conduite. C’est pourquoi les décisions et les actes reposant sur ces considérations ne sauraient fonder une action en responsabilité délictuelle.

[88] Utilisée dans ce sens, la notion de politique générale diffère de la notion de pouvoir discrétionnaire. Un tel pouvoir dépend de la question de savoir si un acteur donné a la faculté de choisir d’agir d’une façon ou d’une autre. Les politiques générales forment un sous-ensemble restreint de décisions discrétionnaires, et n’englobent que les décisions fondées sur des considérations d’intérêt public, comme des considérations d’ordre économique, social ou politique. Toutes les décisions de politique générale sont discrétionnaires, en ce sens qu’une politique différente aurait pu être retenue. Toutefois, les décisions discrétionnaires du gouvernement ne sont pas toutes des décisions de politique générale.

[89] Bien que l’approche préconisée dans *Gaubert* mette l’accent sur la nature de la décision, le rôle du décideur peut se révéler utile. Ce dernier était-il chargé d’étudier les facteurs sociaux, économiques ou politiques et d’élaborer une « ligne de conduite » à l’égard d’un problème auquel fait face le gouvernement? Sans prétendre qu’il est possible de répondre à la question en invoquant

the question can be resolved simply by reference to the rank of the actor, there is something to Scalia J.'s observation in *Gaubert* that employees working at the operational level are not usually involved in making policy choices.

[90] I conclude that “core policy” government decisions 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. This approach is consistent with the basic thrust of Canadian cases on the issue, although it emphasizes positive features of policy decisions, instead of relying exclusively on the quality of being “non-operational”. It is also supported by the insights of emerging jurisprudence here and elsewhere. This said, it does not purport to be a litmus test. Difficult cases may be expected to arise from time to time where it is not easy to decide whether the degree of “policy” involved suffices for protection from negligence liability. 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. Nevertheless, most government decisions that represent a course or principle of action based on a balancing of economic, social and political considerations will be readily identifiable.

[91] Applying this approach to motions to strike, we may conclude that where it is “plain and obvious” that an impugned government decision is a policy decision, the claim may properly be struck on the ground that it cannot ground an action in tort. If it is not plain and obvious, the matter must be allowed to go to trial.

simplement le niveau hiérarchique du décideur, on peut s'inspirer de l'observation faite par le juge Scalia dans *Gaubert* selon laquelle les employés au niveau opérationnel ne participent habituellement pas à la prise de décisions de politique générale.

[90] Je conclus que les décisions de « politique générale fondamentale » du gouvernement à l'égard desquelles ce dernier 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. Cette approche concorde avec le message essentiel de la jurisprudence canadienne à cet égard, bien qu'elle fasse ressortir des caractéristiques positives des décisions de politique générale, au lieu de se fonder exclusivement sur le fait qu'elles ne sont pas de « nature opérationnelle ». Elle est aussi étayée par les réflexions faites dans la nouvelle jurisprudence canadienne et étrangère. Cela dit, elle n'est pas censée constituer un critère décisif. On peut s'attendre à ce que surviennent de temps à autre des situations délicates où il n'est pas facile de décider si le degré de « politique générale » en cause suffit à mettre une décision à l'abri de toute responsabilité pour négligence. Il 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. On pourra néanmoins facilement cerner la plupart des décisions gouvernementales qui représentent une ligne de conduite fondée sur une mise en balance de considérations économiques, sociales et politiques.

[91] L'application de l'approche exposée ci-dessus aux requêtes en radiation nous permet de conclure que, dans les cas où il est « évident et manifeste » qu'une décision contestée du gouvernement constitue une décision de politique générale, l'allégation peut à juste titre être radiée au motif qu'elle ne saurait fonder une action en responsabilité délictuelle. S'il n'est pas évident et manifeste qu'il s'agit d'une décision de politique générale, il faut permettre l'instruction de l'affaire.

(iv) Conclusion on the Policy Argument

[92] As discussed, the question is whether the alleged representations of Canada to the tobacco companies that low-tar cigarettes are less harmful to health are matters of policy, in the sense that they constitute a course or principle of action of the government. If so, the representations cannot ground an action in tort.

[93] The third-party notices plead that Canada made statements to the public (and to the tobacco companies) warning about the hazards of smoking, and asserting that low-tar cigarettes are less harmful than regular cigarettes; that the representations that low-tar cigarettes are less harmful to health were false; and that insofar as consumption caused extra harm to consumers for which the tobacco companies are held liable, Canada is required to indemnify the tobacco companies and/or contribute to their losses.

[94] The third-party notices implicitly accept that in making the alleged representations, Health Canada was acting out of concern for the health of Canadians, pursuant to its policy of encouraging smokers to switch to low-tar cigarettes. They assert, in effect, that Health Canada had a policy to warn the public about the hazardous effects of smoking, and to encourage healthier smoking habits among Canadians. The third-party claims rest on the allegation that Health Canada accepted that some smokers would continue to smoke despite the adverse health effects, and decided that these smokers should be encouraged to smoke lower-tar cigarettes.

[95] In short, the representations on which the third-party claims rely were part and parcel of a government policy to encourage people who continued to smoke to switch to low-tar cigarettes. This was a “true” or “core” policy, in the sense of a course or principle of action that the government

(iv) Conclusion sur l’argument relatif à la politique générale

[92] Comme je l’ai indiqué, il s’agit de savoir si les déclarations qu’aurait faites le Canada aux compagnies de tabac, selon lesquelles les cigarettes à faible teneur en goudron sont moins nuisibles pour la santé, sont des questions de politique générale, en ce sens qu’elles constituent une ligne de conduite du gouvernement. Dans l’affirmative, ces déclarations ne peuvent fonder une action en responsabilité délictuelle.

[93] On soutient dans les avis de mise en cause que le Canada a mis en garde la population (et les compagnies de tabac) contre les dangers de l’usage du tabac et a affirmé que les cigarettes à faible teneur en goudron sont moins nocives que les cigarettes ordinaires. On soutient aussi que ces déclarations étaient fausses et que, dans la mesure où l’usage du tabac a causé aux consommateurs un préjudice additionnel dont sont tenues responsables les compagnies de tabac, le Canada doit indemniser celles-ci ou éponger une partie de leurs pertes.

[94] Les avis de mise en cause concèdent implicitement que Santé Canada a fait les déclarations qu’on lui attribue par souci pour la santé des Canadiens et Canadiennes, conformément à sa politique d’inciter les fumeurs à opter pour des cigarettes à faible teneur en goudron. Ils mentionnent en fait que Santé Canada avait pour politique de mettre en garde la population contre les effets nocifs de l’usage du tabac, et d’encourager les Canadiens et Canadiennes à fumer plus sagement. Les demandes de mise en cause reposent sur l’allégation que Santé Canada s’est résigné à ce que certaines personnes continuent de fumer malgré les effets nuisibles de cette habitude sur leur santé, et a décidé qu’il convenait de les inciter à fumer des cigarettes à faible teneur en goudron.

[95] En bref, les déclarations sur lesquelles s’appuient les demandes de mise en cause faisaient partie intégrante d’une politique générale du gouvernement visant à inciter les personnes qui continuaient de fumer à opter pour des cigarettes à faible teneur en goudron. Il s’agissait d’une « véritable »

adopted. The government's alleged course of action was adopted at the highest level in the Canadian government, and involved social and economic considerations. Canada, on the pleadings, developed this policy out of concern for the health of Canadians and the individual and institutional costs associated with tobacco-related disease. In my view, it is plain and obvious that the alleged representations were matters of government policy, with the result that the tobacco companies' claims against Canada for negligent misrepresentation must be struck out.

[96] Having concluded that the claims for negligent misrepresentation are not actionable because the alleged representations were matters of government policy, it is not necessary to canvas the other stage-two policy grounds that Canada raised against the third-party claims relating to negligent misrepresentation. However, since the argument about indeterminate liability was fully argued, I will briefly discuss it. In my view, it confirms that no liability in tort should be recognized for Canada's alleged misrepresentations.

(b) *Indeterminate Liability*

[97] Canada submits that allowing the defendants' claims in negligent misrepresentation would result in indeterminate liability, and must therefore be rejected. It submits that Canada had no control over the number of cigarettes being sold. It argues that in cases of economic loss, the courts must limit liability to cases where the third party had a means of controlling the extent of liability.

[98] The tobacco companies respond that Canada faces extensive, but not indeterminate liability.

politique générale ou d'une politique générale « fondamentale » au sens d'une ligne de conduite adoptée par le gouvernement. La ligne de conduite gouvernementale alléguée a été adoptée par les plus hautes instances du gouvernement canadien et mettait en jeu des considérations sociales et économiques. Selon les actes de procédure, le Canada a élaboré cette politique par souci pour la santé des Canadiens et Canadiennes et en raison des coûts individuels et institutionnels associés aux maladies causées par le tabac. Il m'apparaît évident et manifeste que les déclarations alléguées relevaient de la politique générale du gouvernement, de sorte que les allégations de déclarations inexactes faites par négligence qu'ont formulées les compagnies de tabac à l'encontre du Canada doivent être radiées.

[96] Vu ma conclusion que les allégations de déclarations inexactes faites par négligence ne peuvent fonder une action parce que les déclarations alléguées relevaient de la politique générale du gouvernement, point n'est besoin de passer en revue les autres motifs de politique générale — liés à la deuxième étape de l'analyse — qu'a invoqués le Canada à l'encontre des demandes de mise en cause pour déclarations inexactes faites par négligence. Mais, comme l'argument relatif à la responsabilité indéterminée a été débattu à fond, je vais l'analyser brièvement. À mon avis, cet argument confirme que la responsabilité délictuelle du Canada ne doit pas être reconnue à l'égard des déclarations inexactes qu'il aurait faites.

b) *Responsabilité indéterminée*

[97] Le Canada soutient que, si l'on accepte les allégations des défenderesses en matière de déclaration inexacte faite par négligence, cela entraînerait une responsabilité indéterminée de sa part, et qu'il faut donc les rejeter. Le Canada affirme que le nombre de cigarettes vendues était indépendant de sa volonté. En outre, dans les cas de perte financière, les tribunaux ne doivent conclure à la responsabilité du mis en cause que lorsque celui-ci est à même d'en contrôler la portée.

[98] Les compagnies de tabac répondent que la responsabilité à laquelle s'expose le Canada est

They submit that the scope of Canada's liability to tobacco companies is circumscribed by the tort of negligent misrepresentation. Canada would only be liable to the smokers of light cigarettes and to the tobacco companies.

[99] I agree with Canada that the prospect of indeterminate liability is fatal to the tobacco companies' claims of negligent misrepresentation. Insofar as the claims are based on representations to consumers, Canada had no control over the number of people who smoked light cigarettes. This situation is analogous to *Cooper*, where this Court held that it would have declined to apply a duty of care to the Registrar of Mortgage Brokers in respect of economic losses suffered by investors because "[t]he Act itself imposes no limit and the Registrar has no means of controlling the number of investors or the amount of money invested in the mortgage brokerage system" (para. 54). While this statement was made in *obiter*, the argument is persuasive.

[100] The risk of indeterminate liability is enhanced by the fact that the claims are for pure economic loss. In *Design Services Ltd. v. Canada*, 2008 SCC 22, [2008] 1 S.C.R. 737, the Court, *per* Rothstein J., held that "in cases of pure economic loss, to paraphrase Cardozo C.J., care must be taken to find that a duty is recognized only in cases where the class of plaintiffs, the time and the amounts are determinate" (para. 62). If Canada owed a duty of care to consumers of light cigarettes, the potential class of plaintiffs and the amount of liability would be indeterminate.

[101] Insofar as the claims are based on representations to the tobacco companies, they are at first blush more circumscribed. However, this distinction breaks down on analysis. Recognizing a duty of care for representations to the tobacco

considérable, mais non indéterminée. Selon les compagnies de tabac, la responsabilité du Canada envers elles se limite au délit de déclaration inexacte faite par négligence. Le Canada ne serait responsable qu'envers les fumeurs de cigarettes légères et les compagnies de tabac.

[99] Je suis d'accord avec le Canada pour dire que la possibilité d'une responsabilité indéterminée porte un coup fatal aux allégations des compagnies de tabac relatives aux déclarations inexactes faites par négligence. Dans la mesure où les allégations reposent sur des déclarations faites aux consommateurs, le Canada n'exerçait aucun contrôle sur le nombre de fumeurs de cigarettes légères. Cette situation est analogue à celle dans l'arrêt *Cooper* dans lequel notre Cour a affirmé qu'elle aurait refusé d'attribuer au registrateur des courtiers en hypothèques une obligation de diligence à l'égard des pertes financières subies par les investisseurs, parce que « [l]a Loi elle-même n'impose aucune limite au nombre des investisseurs et aux montants d'argent investis dans le système de courtage en hypothèques, et le registrateur ne dispose d'aucun moyen pour les contrôler » (par. 54). Cette affirmation constituait une remarque incidente, mais il s'agit d'un argument convaincant.

[100] Le risque de responsabilité indéterminée est aggravé par le caractère purement financier de la perte alléguée. Dans *Design Services Ltd. c. Canada*, 2008 CSC 22, [2008] 1 R.C.S. 737, sous la plume du juge Rothstein, la Cour a mentionné que « dans les cas de perte purement financière, il faut, pour paraphraser le juge en chef Cardozo, prendre soin de ne reconnaître une obligation que dans la mesure où l'on peut déterminer la catégorie des demandeurs, la période et les montants en cause » (par. 62). Si le Canada avait une obligation de diligence envers les fumeurs de cigarettes légères, le nombre potentiel de demandeurs et l'ampleur de la responsabilité seraient indéterminés.

[101] Dans la mesure où les allégations reposent sur des déclarations faites aux compagnies de tabac, elles semblent plus limitées à première vue. Cette distinction ne résiste toutefois pas à l'analyse. Si l'on reconnaissait une obligation de diligence à

companies would effectively amount to a duty to consumers, since the quantum of damages owed to the companies in both cases would depend on the number of smokers and the number of cigarettes sold. This is a flow-through claim of negligent misrepresentation, where the tobacco companies are passing along their potential liability to consumers and to the province of British Columbia. In my view, in both cases, these claims should fail because Canada was not in control of the extent of its potential liability.

(c) *Summary on Stage-Two Policy Arguments*

[102] In my view, this Court should strike the negligent misrepresentation claims in both cases as a result of stage-two policy concerns about interfering with government policy decisions and the prospect of indeterminate liability.

D. *Failure to Warn*

[103] The tobacco companies make two allegations of failure to warn: B.A.T. alleges that Canada directed the tobacco companies not to provide warnings on cigarette packages (the labelling claim) about the health hazards of cigarettes; and Imperial alleges that Canada failed to warn the tobacco companies about the dangers posed by the strains of tobacco designed and licensed by Canada.

(1) Labelling Claim

[104] B.A.T. alleges that by instructing the industry to not put warning labels on their cigarettes, Canada is liable in tort for failure to warn. In the *Knight* case, Tysoe J.A. did not address the failure

l'égard des déclarations faites aux compagnies de tabac, cela reviendrait effectivement à reconnaître une obligation envers les consommateurs, vu que le montant des dommages-intérêts dus aux compagnies de tabac dans les deux cas dépendrait du nombre de fumeurs et du nombre de cigarettes vendues. Il s'agit d'allégations de déclaration inexacte faite par négligence par lesquelles les compagnies de tabac détournent leur responsabilité potentielle vers les consommateurs et la province de la Colombie-Britannique. À mon avis, il faut rejeter ces allégations dans les deux cas, parce que le Canada n'avait aucune prise sur l'ampleur de sa responsabilité potentielle.

c) *Résumé quant aux arguments de politique générale soulevés à la deuxième étape de l'analyse*

[102] J'estime que notre Cour doit radier les allégations de déclarations inexactes faites par négligence dans les deux pourvois en raison de considérations de politique générale soulevées à la deuxième étape de l'analyse, à savoir l'immixtion dans les décisions de politique générale du gouvernement et la possibilité de responsabilité indéterminée.

D. *Le défaut de mise en garde*

[103] Les compagnies de tabac formulent deux allégations au sujet du défaut de mise en garde : B.A.T. prétend que le Canada a interdit aux compagnies de tabac d'apposer sur les paquets de cigarettes des mises en garde (l'allégation relative à l'étiquetage) à l'égard des dangers que présentent les cigarettes pour la santé; Imperial, quant à elle, prétend que le Canada a fait défaut de mettre les compagnies de tabac en garde contre les dangers que présentent les souches de tabac conçues par le Canada et pour lesquelles il a octroyé des licences.

(1) L'allégation relative à l'étiquetage

[104] B.A.T. allègue que, en donnant à l'industrie la directive de ne pas apposer de mise en garde sur ses paquets de cigarettes, le Canada a engagé sa responsabilité délictuelle pour défaut de mise en

to warn claims. Hall J.A., writing for the minority, would have struck those claims on stage-two grounds, finding that Canada's decision was a policy decision and that liability would be indeterminate. Hall J.A. also held that liability would conflict with the government's public duties (para. 99). In the *Costs Recovery* case, Tysoe J.A. adopted Hall J.A.'s analysis from the *Knight* case in rejecting the failure to warn claim as between Canada and the tobacco companies (para. 89). B.A.T. challenges these findings.

[105] The crux of this failure to warn claim is essentially the same as the negligent misrepresentation claim, and should be rejected for the same policy reasons. The Minister of Health's recommendations on warning labels were integral to the government's policy of encouraging smokers to switch to low-tar cigarettes. As such, they cannot ground a claim in failure to warn.

(2) Failure to Warn Imperial About Health Hazards

[106] The Court of Appeal, *per* Tysoe J.A., held that the third-party notices did not sufficiently plead that Canada failed to warn the industry about the health hazards of its strains of tobacco. Imperial argues that this was in error, because the elements of a failure to warn claim are identical to the elements of the negligence claim, which was sufficiently pleaded.

[107] Canada points out that the two paragraphs of the third-party notices that discuss failure to warn only mention the claims that relate to labels, and not the claim that Canada failed to

garde. Dans l'*Affaire Knight*, le juge Tysoe n'a pas abordé les allégations relatives au défaut de mise en garde. Pour sa part, le juge Hall, exprimant l'opinion de la minorité, aurait rejeté ces allégations pour des motifs liés à l'étape deux de l'analyse, estimant que la décision du Canada était une décision de politique générale et que la responsabilité du Canada serait indéterminée. Il a aussi conclu qu'imposer cette responsabilité au gouvernement irait à l'encontre des obligations du Canada envers la population (par. 99). Dans l'*Affaire du recouvrement des coûts*, le juge Tysoe a souscrit à l'analyse faite par le juge Hall dans l'*Affaire Knight* en rejetant l'allégation relative au défaut du Canada de mettre en garde les compagnies de tabac (par. 89). B.A.T. conteste ces conclusions.

[105] L'élément crucial de cette allégation relative au défaut de mise en garde est essentiellement le même que celui des allégations de déclarations inexactes faites par négligence, et il y a lieu de la rejeter pour les mêmes considérations de politique générale. Les recommandations du ministre de la Santé sur les mises en garde faisaient partie intégrante de la politique générale du gouvernement visant à inciter les fumeurs à opter pour des cigarettes à faible teneur en goudron. En tant que telles, elles ne peuvent fonder une action pour défaut de mise en garde.

(2) Le défaut de mettre Imperial en garde contre les dangers pour la santé

[106] S'exprimant au nom de la Cour d'appel, le juge Tysoe a conclu que l'on n'avait pas suffisamment plaidé, dans les avis de mise en cause, que le Canada avait fait défaut de mettre l'industrie en garde contre les dangers pour la santé que présentaient ses souches de tabac. Imperial prétend que cette conclusion était erronée, car les éléments de l'allégation de défaut de mise en garde sont identiques à ceux de l'allégation de négligence qui, elle, avait suffisamment été plaidée.

[107] Le Canada souligne que les deux paragraphes des avis de mise en cause où il est question du défaut de mise en garde ne font allusion qu'aux allégations concernant l'étiquetage, et non à l'allégation

warn Imperial about potential health hazards of the tobacco strains. Canada also argues that to support a claim of failure to warn, the plaintiff must not only show that the defendant acted negligently, but that the defendant was also under a positive duty to act. It submits that nothing in the third-party notices suggests that Canada was under such a positive duty here.

[108] I agree with Canada that the tort of failure to warn requires evidence of a positive duty towards the plaintiff. Positive duties in tort law are the exception rather than the rule. In *Childs v. Desormeaux*, the Court held:

Although there is no doubt that an omission may be negligent, as a general principle, the common law is a jealous guardian of individual autonomy. Duties to take positive action in the face of risk or danger are not free-standing. Generally, the mere fact that a person faces danger, or has become a danger to others, does not itself impose any kind of duty on those in a position to become involved. [para. 31]

Moreover, none of the authorities cited by Imperial support the proposition that a plea of negligence, without more, will suffice to raise a duty to warn: *Day v. Central Okanagan (Regional District)*, 2000 BCSC 1134, 79 B.C.L.R. (3d) 36, per Drossos J.; see also *Elias v. Headache and Pain Management Clinic*, 2008 CanLII 53133 (Ont. S.C.J.), per Macdonald J. (paras. 6 to 9).

[109] Even if pleading negligence were viewed as sufficient to raise a claim of duty to warn, which I do not accept, the claim would fail for the stage-two policy reasons applicable to the negligent misrepresentation claim.

E. *Negligent Design*

[110] The tobacco companies have brought two types of negligent design claims against Canada

que le Canada a fait défaut de mettre Imperial en garde contre les dangers possibles pour la santé que présentaient les souches de tabac. Le Canada soutient également que pour étayer une allégation de défaut de mise en garde, le demandeur doit non seulement démontrer que le défendeur a fait preuve de négligence, mais aussi que celui-ci avait l'obligation positive d'agir. Toujours selon le Canada, les avis de mise en cause ne donnent aucunement matière à croire qu'il avait une telle obligation en l'espèce.

[108] Je conviens avec le Canada que le délit de défaut de mise en garde requiert la preuve d'une obligation positive envers le demandeur. En droit des délits, les obligations positives constituent l'exception et non la règle. Dans *Childs c. Desormeaux*, la Cour a affirmé ce qui suit :

Bien qu'il ne fasse aucun doute qu'une omission peut emporter négligence, la common law, en règle générale, est une fervente protectrice de l'autonomie individuelle. L'obligation de prendre des mesures concrètes face à un risque ou à un danger n'est pas une obligation distincte. Généralement, le simple fait qu'une personne court un danger ou constitue un danger pour autrui n'impose pas en soi une quelconque obligation aux personnes susceptibles d'intervenir. [par. 31]

Qui plus est, aucune des décisions citées par Imperial n'étaye l'argument qu'une allégation de négligence, sans plus, est suffisante pour imposer une obligation de mise en garde : *Day c. Central Okanagan (Regional District)*, 2000 BCSC 1134, 79 B.C.L.R. (3d) 36, le juge Drossos; voir aussi *Elias c. Headache and Pain Management Clinic*, 2008 CanLII 53133 (C.S.J. Ont.), le juge Macdonald (par. 6 à 9).

[109] Même si l'on considérait qu'il suffit de plaider la négligence pour formuler une allégation d'obligation de mise en garde, ce que je ne puis accepter, l'allégation serait rejetée pour les considérations de politique générale liées à la deuxième étape de l'analyse et qui s'appliquent à l'allégation de déclaration inexacte faite par négligence.

E. *La conception négligente*

[110] Les compagnies de tabac ont soulevé à l'encontre du Canada deux types d'allégations

that remain to be considered. First, they submit that Canada breached its duty of care to the tobacco companies when it negligently designed its strains of low-tar tobacco. The Court of Appeal held that the pleadings supported a *prima facie* duty of care in this respect, but held that the duty was negated by the stage-two policy concern of indeterminate liability. Second, Imperial submits that Canada breached its duty of care to the consumers of light and mild cigarettes in the *Knight* case. A majority of the Court of Appeal held that this claim should proceed to trial.

[111] In my view, both remaining negligent design claims establish a *prima facie* duty of care, but fail at the second stage of the analysis because they relate to core government policy decisions.

(1) Prima Facie Duty of Care

[112] I begin with the claim that Canada owed a *prima facie* duty of care to the tobacco companies. Canada submits that there was no *prima facie* duty of care since there is no proximity between Canada and the tobacco companies, relying on the same arguments that it raises in the negligent misrepresentations claims.

[113] In my view, the Court of Appeal correctly concluded that Canada owed a *prima facie* duty of care towards the tobacco companies with respect to its design of low-tar tobacco strains. I agree with Tysoe J.A. that the alleged relationship in this case meets the requirements for proximity:

If sufficient proximity exists in the relationship between a designer of a product and a purchaser of the product, it would seem to me to follow that there is sufficient proximity in the relationship between the designer of a product and a manufacturer who uses the product in goods sold to the public. Also, the designer of the

de conception négligente qu'il reste à examiner. Premièrement, elles affirment que le Canada a manqué à son obligation de diligence envers elles en concevant de manière négligente ses souches de tabac à faible teneur en goudron. La Cour d'appel a jugé que les actes de procédure appuyaient une obligation de diligence *prima facie* à cet égard, mais que cette obligation était écartée par la considération de politique générale liée à la responsabilité indéterminée, soulevée à la deuxième étape de l'analyse. Deuxièmement, Imperial fait valoir que le Canada a manqué à son obligation de diligence envers les consommateurs de cigarettes légères et douces dans l'*Affaire Knight*. La Cour d'appel a conclu à la majorité que cette allégation est matière à procès.

[111] J'estime que ces deux allégations de conception négligente établissent l'existence d'une obligation de diligence *prima facie*, mais doivent être rejetées à la deuxième étape de l'analyse parce qu'elles ont trait à des décisions de politique générale fondamentale du gouvernement.

(1) Obligation de diligence prima facie

[112] Je commence par l'allégation que le Canada avait une obligation de diligence *prima facie* envers les compagnies de tabac. Se fondant sur les mêmes arguments qu'il avance à l'encontre des allégations de déclarations inexactes faites par négligence, le Canada affirme ne pas avoir d'obligation de cette nature, parce qu'il n'existe pas de lien de proximité entre lui et les compagnies de tabac.

[113] À mon sens, la Cour d'appel a conclu avec raison que le Canada avait une obligation de diligence *prima facie* envers les compagnies de tabac relativement à la conception des souches de tabac à faible teneur en goudron. Je suis d'accord avec le juge Tysoe pour dire que les rapports invoqués en l'espèce répondent aux conditions de proximité :

[TRADUCTION] Si les rapports entre le concepteur et l'acheteur d'un produit sont suffisamment étroits, il s'ensuit, à mon avis, qu'il existe un lien suffisamment étroit entre le concepteur d'un produit et celui qui s'en sert pour fabriquer des biens vendus au public. En outre, dans le contexte de la présente affaire, le concepteur du

product ought reasonably to have the manufacturer in contemplation as a person who would be affected by its design in the context of the present case. It would have been reasonably foreseeable to the designer of the product that a manufacturer of goods incorporating the product could be required to refund the purchase price paid by consumers if the design of the product did not accomplish that which it was intended to accomplish. [*Knight* case, para. 67]

[114] The allegation is that Canada was acting like a private company conducting business, and conducted itself toward the tobacco companies in a way that established proximity. The proximity alleged is not based on a statutory duty, but on interactions between Canada and the tobacco companies. Canada's argument that a duty of care would result in conflicting private and public duties does not negate proximity arising from conduct, although it may be a relevant stage-two policy consideration.

[115] For similar reasons, I conclude that on the facts pleaded, Canada owed a *prima facie* duty of care to the consumers of light and mild cigarettes in the *Knight* case. On the facts pleaded, it is at least arguable that Canada was acting in a commercial capacity when it designed its strains of tobacco. As Tysoe J.A. held in the court below, "a person who designs a product intended for sale to the public owes a *prima facie* duty of care to the purchasers of the product" (para. 48).

(2) Stage-Two Policy Considerations

[116] For the reasons given in relation to the negligent misrepresentation claim, I am of the view that stage-two policy considerations negate this *prima facie* duty of care for the claims of negligent design. The decision to develop low-tar strains of tobacco on the belief that the resulting cigarettes would be less harmful to health is a decision that constitutes a course or principle of action based on Canada's health policy. It was a decision based on

produit devrait raisonnablement s'attendre à ce que sa conception ait une incidence sur le fabricant. Le concepteur pouvait raisonnablement prévoir qu'un fabricant de biens auxquels le produit est intégré serait tenu de rembourser le prix d'achat payé par des consommateurs si la conception du produit n'atteignait pas l'objectif qu'elle était censée atteindre. [*L'Affaire Knight*, par. 67]

[114] On allègue que le Canada se comportait comme une société commerciale privée et entretenait des rapports étroits avec les compagnies de tabac. Le prétendu lien de proximité se fonde non pas sur une obligation prévue par la loi, mais sur les rapports entre le Canada et les compagnies de tabac. L'argument du Canada selon lequel une obligation de diligence donnerait lieu à un conflit entre des obligations de droit privé et des obligations de droit public n'écarte pas la possibilité qu'un lien de proximité découle de sa conduite, mais il peut constituer une considération de politique générale pertinente à la deuxième étape de l'analyse.

[115] Pour des motifs semblables et compte tenu des faits allégués, je conclus que le Canada avait une obligation de diligence *prima facie* envers les consommateurs de cigarettes légères et douces dans l'*Affaire Knight*. Vu ces faits, il est au moins possible de soutenir que le Canada agissait comme une entreprise commerciale lorsqu'il a conçu ses souches de tabac. Comme l'a affirmé le juge Tysoe de la Cour d'appel, [TRADUCTION] « le concepteur d'un produit destiné à être vendu au public a une obligation de diligence *prima facie* envers ceux et celles qui achètent ce produit » (par. 48).

(2) Considérations de politique générale soulevées à la deuxième étape de l'analyse

[116] Pour les motifs fournis à l'égard des allégations de déclarations inexactes faites par négligence, j'estime que les considérations de politique générale qui entrent en jeu à la deuxième étape de l'analyse écartent l'obligation de diligence *prima facie* à l'égard des allégations de conception négligente. La décision de concevoir des souches de tabac à faible teneur en goudron parce qu'on croit que les cigarettes fabriquées avec ce tabac seraient

social and economic factors. As a core government policy decision, it cannot ground a claim for negligent design. This conclusion makes it unnecessary to consider the argument of indeterminate liability also raised as a stage-two policy objection to the claim of negligent design.

F. *The Direct Claims Under the Costs Recovery Acts*

[117] The tobacco companies submit that the Court of Appeal erred when it held that it was plain and obvious that Canada could not qualify as a manufacturer under the *CRA*. They also present three alternative arguments: (1) that if Canada is not liable under the Act, it is liable under the recently adopted *Health Care Costs Recovery Act*, S.B.C. 2008, c. 27 (“*HCCRA*”); (2) that if Canada is not liable under either the *CRA* or the *HCCRA*, it is nonetheless liable to the defendants for contribution under the *Negligence Act*; and (3) that in the further alternative, Canada could be liable for contribution under the common law (joint factum of Rothmans, Benson & Hedges (“*RBH*”) and Philip Morris only).

[118] Section 2 of the *CRA* establishes that “[t]he government has a direct and distinct action against a manufacturer to recover the cost of health care benefits caused or contributed to by a tobacco related wrong”. The words “manufacturer” and “manufacturer” are defined in s. 1(1) of the Act as follows:

1 (1) . . .

“**manufacture**” includes, for a tobacco product, the production, assembly or packaging of the tobacco product;

moins nuisibles pour la santé constitue une ligne de conduite fondée sur la politique générale du Canada en matière de santé. Il s’agissait d’une décision reposant sur des facteurs sociaux et économiques. Cette décision de politique générale fondamentale du gouvernement ne saurait fonder une poursuite pour conception négligente. Vu cette conclusion, point n’est besoin d’examiner l’argument relatif à la responsabilité indéterminée, opposé lui aussi à l’allégation de conception négligente en tant que considération de politique générale à la deuxième étape de l’analyse.

F. *Les allégations directes faites en vertu des lois sur le recouvrement des coûts*

[117] Selon les compagnies de tabac, la Cour d’appel a conclu à tort qu’il était manifeste et évident que le Canada ne pouvait pas être un fabricant au sens de la *CRA*. Elles présentent également trois arguments subsidiaires : (1) si la responsabilité du Canada n’est pas engagée en application de la *CRA*, elle l’est aux termes de la *Health Care Costs Recovery Act*, S.B.C. 2008, ch. 27 (« *HCCRA* »), récemment édictée; (2) si la responsabilité du Canada n’est pas engagée aux termes de l’une de ces deux lois, il est néanmoins tenu de verser aux défenderesses une contribution aux termes de la *Negligence Act*; et (3) enfin, le Canada peut être tenu en common law de verser une contribution (mémoire conjoint de Rothmans, Benson & Hedges (« *RBH* ») et de Philip Morris seulement).

[118] Aux termes de l’art. 2 de la *CRA*, [TRADUCTION] « [I]e gouvernement a contre un fabricant un droit d’action direct et distinct pour le recouvrement du coût des services de soins de santé occasionnés ou favorisés par une faute du fabricant ». Les termes « fabrication » et « fabricant » sont définis comme suit à l’art. 1(1) de la *CRA* :

[TRADUCTION]

1 (1) . . .

« **fabricant** » Personne qui fabrique ou a fabriqué un produit du tabac, y compris la personne qui, selon le cas :

“**manufacturer**” means a person who manufactures or has manufactured a tobacco product and includes a person who currently or in the past

- (a) causes, directly or indirectly, through arrangements with contractors, sub-contractors, licensees, franchisees or others, the manufacture of a tobacco product,
- (b) for any fiscal year of the person, derives at least 10% of revenues, determined on a consolidated basis in accordance with generally accepted accounting principles in Canada, from the manufacture or promotion of tobacco products by that person or by other persons,
- (c) engages in, or causes, directly or indirectly, other persons to engage in the promotion of a tobacco product, or
- (d) is a trade association primarily engaged in
 - (i) the advancement of the interests of manufacturers,
 - (ii) the promotion of a tobacco product, or
 - (iii) causing, directly or indirectly, other persons to engage in the promotion of a tobacco product;

The third-party notices allege that Canada grew (manufactured) tobacco and licensed it to the tobacco industry for a profit, and that Canada “promoted” the use of mild or light cigarettes to the industry and the public. These facts, they say, bring Canada within the definition of “manufacturer” of the *CRA*.

[119] Canada submits that it is not a manufacturer under the Act. In the alternative, it submits that it is immune from the operation of this provincial statute at common law and alternatively under the Constitution.

[120] For the reasons that follow, I conclude that Canada is not a manufacturer under the Act. Indeed,

- a) directement ou indirectement, fait ou a fait fabriquer un produit du tabac dans le cadre d’ententes conclues avec des entrepreneurs, des sous-traitants, des titulaires de licence, des franchisés ou d’autres personnes;
- b) au cours d’un de ses exercices, tire ou a tiré au moins 10 % de ses revenus, calculés sur une base consolidée conformément aux principes comptables généralement reconnus au Canada, de la fabrication ou de la promotion de produits du tabac par elle-même ou par d’autres personnes;
- c) se livre ou s’est livrée à la promotion d’un produit du tabac ou fait ou a fait, directement ou indirectement, que d’autres personnes s’y livrent;
- d) est une association commerciale se consacrant principalement :
 - (i) à l’avancement des intérêts des fabricants,
 - (ii) à la promotion d’un produit du tabac, ou
 - (iii) à faire faire, directement ou indirectement, la promotion par d’autres personnes d’un produit du tabac.

« **fabrication** » Est assimilé à la fabrication d’un produit du tabac sa production, son assemblage ou son emballage;

On allègue dans les avis de mise en cause que le Canada a cultivé (fabriqué) du tabac et octroyé des licences visant celui-ci à l’industrie du tabac à des fins lucratives, et qu’il a « fait la promotion » des cigarettes douces ou légères auprès de l’industrie et de la population. Selon les compagnies de tabac, ces faits font en sorte que le Canada répond à la définition de « fabricant » qui figure dans la *CRA*.

[119] Le Canada dit ne pas être un fabricant au sens de la *CRA*. Subsidièrement, il affirme être soustrait à l’application de cette loi provinciale en vertu de la common law et, sinon, en vertu de la Constitution.

[120] Pour les motifs exposés ci-après, je conclus que le Canada n’est pas un fabricant au sens de la

holding Canada accountable under the *CRA* would defeat the legislature's intention of transferring the health-care costs resulting from tobacco related wrongs from taxpayers to the tobacco industry. This conclusion makes it unnecessary to consider Canada's arguments that it would in any event be immune from liability under the provincial Act. I would also reject the tobacco companies' argument for contribution under the *HCCRA* and the *Negligence Act*, and the common law contribution argument.

(1) Could Canada Qualify as a Manufacturer Under the *Tobacco Damages and Health Care Costs Recovery Act*?

[121] The Court of Appeal held that the definition of "manufacturer" could not apply to the Government of Canada. I agree. While the argument that Canada could qualify as a manufacturer under the *CRA* has superficial appeal, when the Act is read in context and all of its provisions are taken into account, it is apparent that the British Columbia legislature did not intend for Canada to be liable as a manufacturer. This is confirmed by the text of the statute, the intent of the legislature in adopting the Act, and the broader context of the relationship between the province and the federal government.

(a) *Text of the Statute*

[122] The definition of manufacturer in s. 1(1) "manufacturer" (b) of the Act includes a person who "for any fiscal year of the person, derives at least 10% of revenues, determined on a consolidated basis in accordance with generally accepted accounting principles in Canada, from the manufacture or promotion of tobacco products by that person or by other persons". Hall J.A. held that this definition indicated that the legislature intended the Act to apply to companies involved in the tobacco industry, and not to governments.

CRA. En effet, si l'on tenait le Canada responsable en application de la *CRA*, cela contrecarrerait l'intention de la législature de faire passer des contribuables à l'industrie du tabac la responsabilité des coûts des soins de santé résultant d'une « faute d'un fabricant ». Vu cette conclusion, nul n'est besoin d'étudier les arguments du Canada voulant qu'il soit en tout état de cause exonéré de toute responsabilité en vertu de la loi provinciale. Je suis également d'avis de rejeter l'argument des compagnies de tabac en faveur d'une contribution au titre de la *HCCRA* et de la *Negligence Act*, ainsi que l'argument en faveur d'une contribution en common law.

(1) Le Canada peut-il être un fabricant au sens de la *Tobacco Damages and Health Care Costs Recovery Act*?

[121] La Cour d'appel a affirmé que le gouvernement canadien ne pouvait pas être visé par la définition de « fabricant ». Je suis du même avis. L'argument selon lequel le Canada peut être un fabricant au sens de la *CRA* a un attrait superficiel, mais, lorsqu'on interprète la *CRA* dans son contexte eu égard à l'ensemble de ses dispositions, il appert que la législature de la Colombie-Britannique ne voulait pas imposer au Canada la responsabilité d'un fabricant. C'est ce que confirment le texte de la loi, l'intention qu'avait le législateur au moment d'adopter la *CRA* et le contexte plus général des rapports entre la province et le gouvernement fédéral.

a) *Le texte de la loi*

[122] Aux termes de l'al. b) de la définition de [TRADUCTION] « fabricant » qui se trouve à l'art. 1(1) de la *CRA*, ce terme s'entend d'une personne qui, « au cours d'un de ses exercices, tire ou a tiré au moins 10 % de ses revenus, calculés sur une base consolidée conformément aux principes comptables généralement reconnus au Canada, de la fabrication ou de la promotion de produits du tabac par elle-même ou par d'autres personnes ». Le juge Hall a conclu que, selon cette définition, le législateur souhaitait que la *CRA* s'applique aux compagnies membres de l'industrie du tabac, et non aux gouvernements.

[123] The tobacco companies respond that the definition of “manufacturer” is disjunctive since it uses the word “or”, such that an individual will qualify as a manufacturer if it meets any of the four definitions in (a) to (d). Even if Canada is incapable of meeting the definition in (b) of the Act (deriving 10% of its revenues from the manufacture or promotion of tobacco products), Canada qualifies under subparagraphs (a) (causing the manufacture of tobacco products) and (c) (engaging in or causing others to engage in the promotion of tobacco products) on the facts pled, they argue.

[124] Like the Court of Appeal, I would reject this argument. It is true that s. 1 must be read disjunctively, and that an individual will qualify as a manufacturer if it meets any of the four definitions in (a) to (d). However, the Act must nevertheless be read purposively and as a whole. A proper reading of the Act will therefore take each of the four definitions into account. It will also consider the rest of the statutory scheme, and the legislative context. When the Act is read in this way, it is clear that the B.C. legislature did not intend to include the federal government as a potential manufacturer under the *CRA*.

[125] The fact that one of the statutory definitions is based on revenue percentage suggests that the term “manufacturer” is meant to capture businesses or individuals who earn profit from tobacco-related activities. This interpretation is reinforced by the provisions of the Act that establish the liability of defendants. Section 3(3)(b) provides that “each defendant to which the presumptions [provided in s. 3(2) of the *CRA*] apply is liable for the proportion of the aggregate cost referred to in paragraph (a) equal to its market share in the type of tobacco product”. This language cannot be stretched to include the Government of Canada.

[126] I conclude that the text of the *CRA*, read as a whole, does not support the view that Canada is a “manufacturer” under the Act.

[123] Les compagnies de tabac répondent que la définition du mot « *manufacturer* » (« fabricant ») est disjonctive, vu qu'elle renferme le mot « *or* » (habituellement rendu en français par l'expression « selon le cas »), de telle sorte qu'une personne sera considérée comme un fabricant si elle répond à l'une des quatre définitions qui figurent aux al. a) à d). Même si le Canada ne peut répondre à la définition de l'al. b) de la *CRA* (tirer 10 % de ses revenus de la fabrication ou de la promotion de produits du tabac), elles soutiennent que, à la lumière des faits allégués, le Canada répond aux définitions des al. a) (fait fabriquer un produit du tabac) et c) (fait ou fait faire la promotion d'un produit du tabac).

[124] À l'instar de la Cour d'appel, je suis d'avis de rejeter l'argument susmentionné. Il est vrai qu'il faut interpréter de façon disjonctive la définition de fabricant à l'article premier, et qu'un particulier sera assimilé à un fabricant s'il répond à l'une ou l'autre des quatre définitions des al. a) à d). Il faut néanmoins interpréter de manière téléologique la *CRA* dans son ensemble. Par conséquent, une interprétation adéquate de la *CRA* tient compte de chacune des quatre définitions. Elle prend aussi en considération le reste du régime législatif et le contexte législatif. Interprétée ainsi, la *CRA* indique clairement que la législature de la Colombie-Britannique ne voulait pas faire du gouvernement fédéral un fabricant potentiel au sens de cette loi.

[125] Le fait qu'une des définitions de la *CRA* repose sur un pourcentage des revenus donne à penser que le mot « fabricant » est censé viser des entreprises ou des particuliers qui tirent profit des activités liées au tabac. Les dispositions de la *CRA* établissant la responsabilité des défenderesses renforcent cette interprétation. Aux termes de l'al. 3(3)b), [TRADUCTION] « chaque défendeur auquel s'appliquent les présomptions [créées par le par. 3(2) de la *CRA*] est responsable du coût global visé à l'alinéa a) au prorata de sa part de marché du type de produit du tabac ». On ne saurait considérer cette disposition comme visant le gouvernement du Canada.

[126] J'estime que, interprété dans son ensemble, le texte de la *CRA* n'étaye pas la thèse selon laquelle le Canada est un « fabricant » au sens de cette loi.

(b) *Legislative Intention*

[127] I agree with Canada that considerations related to legislative intent further support the view that Canada does not fall within the definition of “manufacturer”. When the CRA was introduced in the legislature, the Minister responsible stated that “the industry” manufactured a lethal product, and that “the industry” composed of “tobacco companies” should accordingly be held accountable (B.C. *Official Report of Debates of the Legislative Assembly (Hansard)*, vol. 20, 4th Sess., 36th Parl., June 7, 2000, at p. 16314). It is plain and obvious that the Government of Canada would not fit into these categories.

[128] Imperial submits that it is improper to rely on excerpts from *Hansard* on an application to strike a pleading, since evidence is not admissible on such an application. However, a distinction lies between evidence that is introduced to prove a point of fact and evidence of legislative intent that is provided to assist the court in discerning the proper interpretation of a statute. The former is not relevant on an application to strike; the latter may be. Applications to strike are intended to economize judicial resources in cases where on the facts pled, the law does not support the plaintiff’s claim. Courts may consider all evidence relevant to statutory interpretation in order to achieve this purpose.

(c) *Broader Context*

[129] The broader context of the statute strongly supports the conclusion that the British Columbia legislature did not intend the federal government to be liable as a manufacturer of tobacco products. The object of the Act is to recover the cost of providing health care to British Columbians from the companies that sold them tobacco products. As held by this Court in *British Columbia v. Imperial Tobacco Canada Ltd.*, 2005 SCC 49, [2005] 2 S.C.R. 473:

b) *L’intention du législateur*

[127] Je suis d’accord avec le Canada pour dire que les considérations liées à l’intention du législateur appuient davantage la thèse voulant que la définition de [TRADUCTION] « fabricant » ne vise pas le Canada. Quand la CRA a été présentée à l’assemblée législative, le ministre responsable a affirmé que [TRADUCTION] « l’industrie » fabriquait un produit mortel, et que les « compagnies de tabac » qui en faisaient partie devraient en être tenues responsables pour cette raison (C.-B., *Official Report of Debates of the Legislative Assembly (Hansard)*, vol. 20, 4^e sess., 36^e lég., 7 juin 2000, p. 16314). Il est évident et manifeste que le gouvernement du Canada n’appartient pas à cette catégorie.

[128] Selon Imperial, il ne convient pas d’invoquer des extraits du *Hansard* dans le cadre d’une requête en radiation d’une allégation, étant donné que des éléments de preuve ne peuvent être présentés à l’occasion d’une telle demande. Il y a toutefois une distinction entre une preuve produite pour établir un fait et une preuve de l’intention du législateur qui est produite pour aider la cour à déterminer l’interprétation que doit recevoir une loi. La première n’est pas pertinente dans le cadre d’une requête en radiation, mais la seconde peut l’être. Les requêtes en radiation visent à économiser les ressources judiciaires dans les cas où la loi n’appuie pas une demande compte tenu des faits allégués. Les tribunaux peuvent prendre en considération tous les éléments de preuve pertinents à l’interprétation de la loi pour arriver à cette fin.

c) *Le contexte plus général*

[129] Le contexte plus général de la loi étaye fortement la conclusion que la législature de la Colombie-Britannique n’avait pas l’intention d’imposer au gouvernement fédéral la responsabilité d’un fabricant de produits du tabac. La CRA a pour objet le recouvrement du coût des soins de santé fournis aux Britannico-Colombiens auprès des compagnies qui leur ont vendu des produits du tabac. Comme l’a affirmé notre Cour dans *Colombie-Britannique c. Imperial Tobacco Canada Ltée*, 2005 CSC 49, [2005] 2 R.C.S. 473 :

[T]he driving force of the Act's cause of action is compensation for the government of British Columbia's health care costs, not remediation of tobacco manufacturers' breaches of duty. While the Act makes the existence of a breach of duty one of several necessary conditions to a manufacturer's liability to the government, it is not the mischief at which the cause of action created by the Act is aimed. [para. 40]

The legislature sought to transfer the medical costs from provincial taxpayers to the private sector that sold a harmful product. This object would be fundamentally undermined if the funds were simply recovered from the federal government, which draws its revenue from the same taxpayers.

[130] The tobacco companies' proposed application of the *CRA* to Canada is particularly problematic in light of the long-standing funding relationship between the federal and provincial governments with regards to health care. The federal government has been making health transfer payments to the provinces for decades. As held by Hall J.A.:

If the *Costs Recovery Act* were to be construed to permit the inclusion of Canada as a manufacturer targeted for the recovery of provincial health costs, this would permit a direct economic claim to be advanced against Canada by British Columbia to obtain further funding for health care costs. In light of these long-standing fiscal arrangements between governments, I cannot conceive that the legislature of British Columbia could ever have envisaged that Canada might be a target under the *Costs Recovery Act*. [para. 33]

[131] Imperial argues that the only way to achieve the object of the *CRA* is to allow the province to recover from all those who participated in the tobacco industry, including the federal government. I disagree. Holding the federal government accountable under the Act would defeat the legislature's intention of transferring the cost of medical treatment from taxpayers to the tobacco industry.

[L']élément déterminant de la cause d'action créée par la Loi demeure l'indemnisation des coûts engagés par le gouvernement de la Colombie-Britannique au titre des soins de santé, et non la correction des manquements aux obligations des fabricants de produits du tabac. La Loi fait de l'existence d'une violation d'une obligation une des diverses conditions préalables à l'établissement de la responsabilité du fabricant envers le gouvernement, mais ce n'est pas cette faute que vise la cause d'action créée par la Loi. [par. 40]

La législature cherchait à transférer la responsabilité des frais médicaux des contribuables provinciaux aux entreprises privées qui vendaient un produit nocif. Cet objectif serait gravement compromis si l'on recouvrait simplement les fonds auprès du gouvernement fédéral, qui tire son revenu des mêmes contribuables.

[130] L'assujettissement du Canada à la *CRA* que font valoir les compagnies de tabac est particulièrement problématique compte tenu des rapports de longue date entre le gouvernement fédéral et les provinces en matière de financement des soins de santé. Depuis des décennies, le gouvernement fédéral verse aux provinces des paiements de transfert relatifs à la santé. Comme l'a mentionné le juge Hall :

[TRADUCTION] Si l'on interprétait la *Costs Recovery Act* comme permettant de qualifier le Canada de fabricant visé aux fins du recouvrement des coûts engagés par les provinces au titre des soins de santé, il serait possible pour la Colombie-Britannique d'exercer un recours pécuniaire direct contre le Canada en vue d'obtenir des fonds supplémentaires au titre des soins de santé. Étant donné ces accords fiscaux de longue date entre les gouvernements, je ne puis imaginer que la législature de la Colombie-Britannique ait pensé à quelque moment que ce soit à la possibilité que le Canada soit poursuivi en vertu de la *Costs Recovery Act*. [par. 33]

[131] Imperial soutient que le seul moyen de réaliser l'objet de la *CRA* est d'autoriser la province à recouvrer le coût des soins de santé auprès de tous les participants à l'industrie du tabac, dont le gouvernement fédéral. Je ne puis retenir cet argument. Si l'on tenait le gouvernement fédéral responsable en vertu de la *CRA*, cela contrecarrerait l'intention du législateur de transférer le coût des traitements médicaux des contribuables à l'industrie du tabac.

(d) *Summary*

[132] For the foregoing reasons, I conclude that it is plain and obvious that the federal government does not qualify as a manufacturer of tobacco products under the *CRA*. This pleading must therefore be struck.

(2) Could Canada Be Found Liable Under the Health Care Costs Recovery Act?

[133] The tobacco companies submit that if Canada is not liable under the *CRA*, it would be liable under the *HCCRA*, which creates a cause of action for the province to recover health care costs generally from wrongdoers (s. 8(1)). Canada submits that the *HCCRA* is inapplicable because it provides that the cause of action does not apply to cases that qualify as “tobacco related wrong[s]” under the *CRA* (s. 24(3)(b)). RBH and Philip Morris respond that a “tobacco related wrong” under the *CRA* may only be committed by a “manufacturer”. Consequently, if the *CRA* does not apply to Canada because it cannot qualify as a manufacturer, it is not open to Canada to argue that the more general *HCCRA* does not apply either.

[134] In my view, the tobacco companies cannot rely on the *HCCRA* in a *CRA* action for contribution. While it is true that Canada is incapable of committing a tobacco-related wrong itself if it is not a manufacturer, the underlying cause of action in this case is that it is the defendants who are alleged to have committed a tobacco-related wrong. The *HCCRA* specifies that it does not apply in cases “arising out of a tobacco related wrong as defined in the *Tobacco Damages and Health Care Costs Recovery Act*” (s. 24(3)(b)). This precludes contribution claims arising out of that Act.

d) *Résumé*

[132] Pour les motifs qui précèdent, j’estime qu’il est manifeste et évident que le gouvernement fédéral n’est pas un fabricant de produits du tabac au sens de la *CRA*. Cette allégation doit donc être radiée.

(2) Le Canada peut-il être tenu responsable en vertu de la Health Care Costs Recovery Act?

[133] Les compagnies de tabac affirment que si la responsabilité du Canada n’est pas engagée au titre de la *CRA*, elle le serait en vertu de la *HCCRA*, qui confère à la province un droit d’action pour recouvrer auprès de l’auteur d’une faute le coût des soins de santé dans la plupart des cas (par. 8(1)). Selon le Canada, la *HCCRA* est inapplicable parce qu’elle dispose que le droit d’action ne peut être exercé dans les cas de [TRADUCTION] « faute d’un fabricant » au sens de la *CRA* (al. 24(3)b)). RBH et Philip Morris rétorquent qu’une [TRADUCTION] « faute d’un fabricant » au sens de la *CRA* ne peut être commise que par un [TRADUCTION] « fabricant ». Par conséquent, si la *CRA* ne s’applique pas au Canada parce que ce dernier ne peut être un fabricant, il n’est pas loisible au Canada de faire valoir que la *HCCRA* — une loi plus générale — ne trouve pas application non plus.

[134] À mon avis, les compagnies de tabac ne peuvent s’appuyer sur la *HCCRA* dans le cadre d’une action intentée en vertu de la *CRA* pour obtenir une contribution. Certes, le Canada n’est pas en mesure de commettre lui-même une faute d’un fabricant s’il n’est pas un fabricant, mais la cause d’action sous-jacente en l’espèce est la faute d’un fabricant qu’auraient commise les défenderesses. Il est précisé dans la *HCCRA* que cette loi ne s’applique pas dans les affaires [TRADUCTION] « découlant d’une faute d’un fabricant au sens de la *Tobacco Damages and Health Care Costs Recovery Act* » (al. 24(3)b)), ce qui fait obstacle aux demandes de contribution présentées en application de cette loi.

(3) Could Canada Be Liable for Contribution Under the *Negligence Act* if It Is Not Directly Liable to British Columbia?

[135] RBH and Philip Morris submit that even if Canada is not liable to British Columbia, it can still be held liable for contribution under the *Negligence Act*. They argue that direct liability to the plaintiff is not a requirement for being held liable in contribution.

[136] As noted above, I agree with Canada's submission that, following *Giffels*, a party can only be liable for contribution if it is also liable to the plaintiff directly.

[137] Accordingly, I would reject the argument that the *Negligence Act* in British Columbia allows recovery from a third party that could not be liable to the plaintiff.

(4) Could Canada Be Liable for Common Law Contribution?

[138] RBH and Philip Morris submit that if this Court rejects the contribution claim under the *Negligence Act*, it should allow a contribution claim under the common law. They rely on this Court's decisions in *Bow Valley* and *Blackwater v. Plint*, 2005 SCC 58, [2005] 3 S.C.R. 3, in which this Court recognized claims of contribution which were not permitted by statute.

[139] I would reject this argument. In my view, the cases cited by RBH and Philip Morris support common law contribution claims only if the third party is directly liable to the plaintiff. In *Bow Valley*, the Court recognized a limited right of contribution "between tortfeasors", and noted that the defendants were "jointly and severally liable to the plaintiff" (paras. 101 and 102). A similar point was made by this Court in *Blackwater* (*per* McLachlin C.J.), which stated that a "common law right of contribution between tortfeasors may exist" (para. 68

(3) Le Canada peut-il être tenu à une contribution en application de la *Negligence Act* s'il n'est pas directement responsable envers la Colombie-Britannique?

[135] RBH et Philip Morris affirment que, même si le Canada n'est pas responsable envers la Colombie-Britannique, il peut néanmoins être tenu à une contribution au titre de la *Negligence Act*. Elles font valoir que le défendeur n'a pas à être directement responsable envers le demandeur pour être condamné à verser une contribution.

[136] Comme je l'ai déjà mentionné, je souscris à l'argument du Canada que, depuis l'arrêt *Giffels*, une partie ne peut être condamnée à verser une contribution que si elle est aussi directement responsable envers le demandeur.

[137] Je suis donc d'avis de rejeter l'argument selon lequel la *Negligence Act* de la Colombie-Britannique permet de recouvrer des sommes d'argent auprès d'un tiers qui ne pouvait pas être responsable envers le demandeur.

(4) Le Canada peut-il être tenu en common law de verser une contribution?

[138] D'après RBH et Philip Morris, si notre Cour rejette la demande de contribution présentée en vertu de la *Negligence Act*, elle devrait faire droit à une telle demande en common law. Elles invoquent les arrêts *Bow Valley* et *Blackwater c. Plint*, 2005 CSC 58, [2005] 3 R.C.S. 3, où notre Cour a accueilli des demandes de contribution non permises par la loi.

[139] Je suis d'avis de rejeter cet argument. Les décisions citées par RBH et Philip Morris me semblent n'appuyer les demandes de contribution en common law que dans les cas où le tiers est directement responsable envers le demandeur. Dans *Bow Valley*, la Cour a reconnu un droit restreint à la contribution « entre coauteurs d'un délit », et a fait remarquer que les défenderesses étaient « solidairement responsables envers la demanderesse » (par. 101 et 102). Notre Cour a fait une observation semblable dans *Blackwater* (la juge en chef

(emphasis added)). There is no support in our jurisprudence for allowing contribution claims in cases where the third party is not liable to the plaintiff.

G. *Liability Under the Trade Practice Act and the Business Practices and Consumer Protection Act*

[140] In the *Knight* case, Imperial alleges that Canada satisfies the definition of a “supplier” under the *Trade Practice Act* (“TPA”) and the *Business Practices and Consumer Protection Act* (“BPCPA”). The TPA was repealed and replaced by the BPCPA in 2004. Imperial argues that the Court of Appeal erred in striking its claim against Canada under these statutes.

[141] In my view, Canada could not qualify as a “supplier” under the Acts on the facts pled. Section 1 of the TPA defined “supplier” as follows:

1 . . .

“**supplier**” means a person, other than a consumer, who in the course of the person’s business solicits, offers, advertises or promotes the disposition or supply of the subject of a consumer transaction or who engages in, enforces or otherwise participates in a consumer transaction, whether or not privity of contract exists between that person and the consumer, and includes the successor to, and assignee of, any rights or obligations of the supplier.

Section 1(1) of the BPCPA defines “supplier” as follows:

1 (1) . . .

“**supplier**” means a person, whether in British Columbia or not, who in the course of business participates in a consumer transaction by

McLachlin), affirmant que, « en common law, les coauteurs d’un délit pouvaient se réclamer mutuellement une contribution » (par. 68 (je souligne)). Rien dans notre jurisprudence ne permet d’accueillir des demandes de contribution en l’absence de responsabilité du tiers envers le demandeur.

G. *Responsabilité en vertu de la Trade Practice Act et de la Business Practices and Consumer Protection Act*

[140] Dans l’affaire *Knight*, Imperial prétend que le Canada répond aux définitions de « *supplier* » (« fournisseur ») qui figurent dans la *Trade Practice Act* (« TPA ») et la *Business Practices and Consumer Protection Act* (« BPCPA »). La TPA a été abrogée et remplacée par la BPCPA en 2004. Imperial fait valoir que la Cour d’appel a radié à tort la poursuite qu’elle avait intentée contre le Canada en vertu de ces lois.

[141] À mon avis, le Canada ne peut être un « fournisseur » au sens de ces deux lois compte tenu des faits allégués. L’article 1 de la TPA définissait ainsi le mot « fournisseur » :

[TRADUCTION]

1 . . .

« **fournisseur** » Une personne autre qu’un consommateur qui, dans le cours de ses affaires, sollicite, offre ou annonce l’aliénation ou la fourniture de l’objet d’une opération commerciale ou se livre à des activités promotionnelles à cet égard, prend part à une opération commerciale, l’exécute ou y participe autrement, qu’il y ait ou non un lien contractuel entre cette personne et le consommateur. Sont également visés par la présente définition le successeur du fournisseur et le cessionnaire de ses droits et obligations.

Pour sa part, l’art. 1(1) de la BPCPA le définit ainsi :

[TRADUCTION]

1 (1) . . .

« **fournisseur** » Une personne, se trouvant en Colombie-Britannique ou ailleurs qui, dans le cours de ses affaires, prend part à une opération commerciale

- (a) supplying goods or services or real property to a consumer, or
- (b) soliciting, offering, advertising or promoting with respect to a transaction referred to in paragraph (a) of the definition of “consumer transaction”,

whether or not privity of contract exists between that person and the consumer, and includes the successor to, and assignee of, any rights or obligations of that person and, except in Parts 3 to 5 [*Rights of Assignees and Guarantors Respecting Consumer Credit; Consumer Contracts; Disclosure of the Cost of Consumer Credit*], includes a person who solicits a consumer for a contribution of money or other property by the consumer;

[142] The Court of Appeal unanimously held that neither definition could apply to Canada because its alleged actions were not undertaken “in the course of business”. The court held that the pleadings allege that Canada promoted the use of mild or light cigarettes, but only in order to reduce the health risks of smoking, not in the course of a business carried on for the purpose of earning a profit (*Knight* case, para. 35).

[143] Imperial submits that it is not necessary for Canada to have been motivated by profit to qualify as a “supplier” under the Acts, provided it researched, designed and manufactured a defective product. Canada responds that its alleged purpose of improving the health of Canadians shows that it was not acting in the course of business. This was not a case where a public authority was itself operating in the private market as a business, but rather a case where a public authority sought to regulate the industry by promoting a type of cigarette.

[144] I accept that Canada’s purpose for developing and promoting tobacco as described in the third-party notice suggests that it was not acting “in the course of business” or “in the course of the person’s business” as those phrases are used in

- a) soit en fournissant des biens ou des services à un consommateur,
- b) soit en sollicitant, en offrant ou en annonçant l’opération visée à l’alinéa a) de la définition d’« opération commerciale » ou en se livrant à des activités promotionnelles à cet égard,

qu’il y ait ou non un lien contractuel entre cette personne et le consommateur. Sont également visés par la présente définition le successeur de cette personne, le cessionnaire de ses droits et obligations et, sauf aux parties 3 à 5 [*Droits des cessionnaires et garants en matière de crédit au consommateur; Contrats de consommation; Communication du coût du crédit au consommateur*], la personne qui demande une somme d’argent ou un bien à un consommateur;

[142] La Cour d’appel a jugé à l’unanimité qu’aucune de ces définitions ne pouvaient s’appliquer au Canada, parce que celui-ci n’a pas commis les actes qu’on lui reproche [TRADUCTION] « dans le cours de ses affaires ». Selon la Cour d’appel, il est allégué dans les actes de procédure que le Canada a encouragé la consommation de cigarettes douces et légères, mais uniquement dans le but de réduire les risques que présente l’usage du tabac pour la santé, et non dans le cadre d’une activité exercée en vue de réaliser un profit (*l’Affaire Knight*, par. 35).

[143] Imperial soutient que le Canada n’avait pas à être motivé par le profit pour être un « fournisseur » au sens des lois applicables, pourvu qu’il ait conçu et fabriqué un produit défectueux et fait des recherches à cet égard. Le Canada répond que son intention d’améliorer la santé des Canadiens et Canadiennes démontre qu’il n’agissait pas dans le cours de ses affaires. Il n’était pas question en l’espèce d’un organisme public exerçant les activités d’une entreprise du secteur privé, mais plutôt d’un organisme public qui cherche à réglementer l’industrie en faisant la promotion d’un type de cigarette.

[144] Je reconnais que le but recherché par le Canada lorsqu’il a développé et promu le tabac, comme l’indique l’avis de mise en cause, tend à indiquer que le Canada n’agissait pas [TRADUCTION] « dans le cours de ses affaires », dans le sens où

the *TPA* or the *BPCPA*, and therefore that Canada could not be a “supplier” under either of those statutes. The phrases “in the course of business” and “in the course of the person’s business” may have different meanings, depending of the context. On the one hand, they can be read as including all activities that an individual undertakes in his or her professional life: e.g., see discussion of the indicia of reasonable reliance above. On the other, they can be understood as limited to activities undertaken for a commercial purpose. In my view, the contexts in which the phrases are used in the *TPA* and the *BPCPA* support the latter interpretation. The definitions of “supplier” in both Acts refer to “consumer transaction[s]”, and contrast suppliers, who must have a commercial purpose, with consumers. It is plain and obvious from the facts pleaded that Canada did not promote the use of low-tar cigarettes for a commercial purpose, but for a health purpose. Canada is therefore not a supplier under the *TPA* or the *BPCPA*, and the contribution claim based on this ground and the *Negligence Act* should be struck.

[145] Having concluded that Canada is not liable under the *TPA* and the *BPCPA*, it is unnecessary to consider whether, if it were, Canada would be protected by Crown immunity.

H. *The Claim for Equitable Indemnity*

[146] RBH and Philip Morris submit that if the tobacco companies are found liable in the *Costs Recovery* case, Canada is liable for “equitable indemnity” on the facts pleaded. They submit that whenever a person requests or directs another person to do something that causes the other to incur liability, the requesting or directing person is liable to indemnify the other for its liability. Imperial adopts this argument in the *Knight* case.

cette expression est employée dans la *TPA* ou la *BPCPA*, et que le Canada ne peut donc être un « fournisseur » au sens de l’une ou l’autre de ces lois. L’expression [TRADUCTION] « dans le cours de ses affaires » peut avoir des significations différentes selon le contexte. D’une part, il est possible de considérer qu’elle englobe toutes les activités auxquelles se livre un particulier durant sa carrière professionnelle : voir notamment l’analyse ci-dessus des indices de confiance raisonnable. D’autre part, elle peut être interprétée comme visant seulement les activités exercées à une fin commerciale. J’estime que les contextes dans lesquels cette expression est employée dans la *TPA* et la *BPCPA* appuient la deuxième interprétation. Les définitions de [TRADUCTION] « fournisseur » figurant dans les deux lois renvoient à des [TRADUCTION] « opérations commerciales » et font la distinction entre les fournisseurs — qui poursuivent une fin commerciale — et les consommateurs. Il ressort de façon évidente et manifeste des faits allégués que le Canada a promu la consommation de cigarettes à faible teneur en goudron non pas à une fin commerciale, mais à une fin liée à la santé. Le Canada n’est donc pas un fournisseur au sens de la *TPA* ou de la *BPCPA*, et la demande de contribution fondée sur ce motif et sur la *Negligence Act* doit être radiée.

[145] Vu ma conclusion que la responsabilité du Canada n’est pas engagée en application de la *TPA* ou de la *BPCPA*, point n’est besoin de déterminer si le Canada serait, dans l’affirmative, protégé par l’immunité de l’État.

H. *La demande d’indemnité fondée sur l’equity*

[146] RBH et Philip Morris soutiennent que, si les compagnies de tabac sont tenues responsables dans l’*Affaire du recouvrement des coûts*, le Canada doit verser une [TRADUCTION] « indemnité en equity » compte tenu des faits allégués. Selon elles, chaque fois qu’une personne demande ou ordonne à une autre de faire quelque chose qui engage la responsabilité de cette dernière, la personne qui demande ou ordonne de faire cette chose est tenue d’indemniser l’autre pour sa responsabilité. C’est ce que fait valoir Imperial dans l’*Affaire Knight*.

[147] Equitable indemnity is a narrow doctrine, confined to situations of an express or implied understanding that a principal will indemnify its agent for acting on the directions given. As stated in *Parmley v. Parmley*, [1945] S.C.R. 635, claims of equitable indemnity “proceed upon the notion of a request which one person makes under circumstances from which the law implies that both parties understand that the person who acts upon the request is to be indemnified if he does so” (p. 648, quoting Bowen L.J. in *Birmingham and District Land Co. v. London and North Western Railway Co.* (1886), 34 Ch. D. 261, at p. 275.

[148] In my view, the Court of Appeal, *per* Hall J.A., correctly held that the tobacco companies could not establish this requirement of the claim:

[I]f the notional reasonable observer were asked whether or not Canada, in the interaction it had over many decades with the appellants, was undertaking to indemnify them from some future liability that might be incurred relating to their business, the observer would reply that this could not be a rational expectation, having regard to the relationship between the parties. Likewise, if Canada through its agents had been specifically asked or a suggestion had been made to its agents by representatives of the appellants that Canada might in future be liable for any such responsibility or incur such a liability, the answer would have been firmly in the negative. [*Costs Recovery* case, para. 57]

When Canada directed the tobacco industry about how it should conduct itself, it was doing so in its capacity as a government regulator that was concerned about the health of Canadians. Under such circumstances, it is unreasonable to infer that Canada was implicitly promising to indemnify the industry for acting on its request.

I. *Procedural Considerations*

[149] In the courts below, the tobacco companies argued that even if the claims for compensation against Canada are struck, Canada should

[147] La doctrine de l'indemnité fondée sur l'équité est une doctrine restreinte qui ne s'applique que dans les cas où le mandant s'engage expressément ou implicitement à indemniser son mandataire pour avoir agi conformément à ses directives. Comme le mentionne l'arrêt *Parmley c. Parmley*, [1945] R.C.S. 635, les demandes d'indemnité fondées sur l'équité [TRADUCTION] « reposent sur l'idée qu'une personne fait une demande dans des circonstances où la loi présume que les deux parties sont conscientes de l'obligation d'indemniser la personne donnant suite à la demande » (p. 648, citant le juge Bowen, *Birmingham and District Land Co. c. London and North Western Railway Co.* (1886), 34 Ch. D. 261, p. 275.

[148] À mon avis, le juge Hall de la Cour d'appel avait raison de conclure que les compagnies de tabac n'étaient pas en mesure d'établir cette condition de la demande :

[TRADUCTION] [S]i l'on demandait à l'observateur raisonnable hypothétique si, dans les rapports qu'il a entretenus pendant de nombreuses décennies avec les appelantes, le Canada s'était engagé à les indemniser pour une quelconque responsabilité ultérieure susceptible de découler de leurs activités, l'observateur répondrait que cette attente ne pourrait être rationnelle, eu égard à la relation entre les parties. De même, si les représentants des appelantes avaient demandé explicitement ou suggéré au Canada, par l'entremise de ses mandataires, d'indemniser les appelantes pour une telle responsabilité ou d'engager pareille responsabilité, le Canada aurait répondu fermement par la négative. [*L'Affaire du recouvrement des coûts*, par. 57]

Lorsque le Canada a donné à l'industrie du tabac des directives sur la manière dont elle devrait se comporter, il le faisait à titre d'autorité de réglementation du gouvernement qui se souciait de la santé des Canadiens et des Canadiennes. Dans ces circonstances, il est déraisonnable de déduire que le Canada avait promis implicitement d'indemniser l'industrie pour avoir donné suite à sa demande.

I. *Considérations d'ordre procédural*

[149] Les compagnies de tabac ont fait valoir devant les juridictions inférieures que, même si les demandes d'indemnisation présentées à l'encontre

remain a third party in the litigation for procedural reasons. The tobacco companies argued that their ability to mount defences against British Columbia in the *Costs Recovery* case and the class members in the *Knight* case would be severely prejudiced if Canada was no longer a third party. This argument was rejected in chambers by both Wedge J. and Satanove J. The majority of the Court of Appeal found it unnecessary to consider the question, while Hall J.A. would have affirmed the holdings of the chambers judges.

[150] The tobacco companies did not pursue this issue on appeal. I would affirm the findings of Wedge J., Satanove J. and Hall J.A. and strike the claims for declaratory relief.

V. Conclusion

[151] I conclude that it is plain and obvious that the tobacco companies' claims against Canada have no reasonable chance of success, and should be struck out. Canada's appeals in the *Costs Recovery* case and the *Knight* case are allowed, and the cross-appeals are dismissed. Costs are awarded throughout against Imperial in the *Knight* case, and against the tobacco companies in the *Costs Recovery* case. No costs are awarded against or in favour of British Columbia in the *Costs Recovery* case.

Appeals allowed and cross-appeals dismissed with costs.

Solicitor for the appellants/respondents on cross-appeal (33559-33563): Attorney General of Canada, Ottawa.

Solicitors for the respondent/appellant on cross-appeal Imperial Tobacco Canada Limited (33559):

du Canada étaient radiées, la mise en cause du Canada devrait se poursuivre en l'espèce pour des motifs d'ordre procédural. Toujours selon les compagnies de tabac, leur capacité de se défendre contre la Colombie-Britannique dans l'*Affaire du recouvrement des coûts* ainsi que contre le groupe dans l'*Affaire Knight* serait gravement compromise si la mise en cause du Canada prenait fin. Les juges Wedge et Satanove, qui siégeaient en cabinet, ont toutes deux rejeté cet argument. La Cour d'appel a conclu à la majorité qu'il était inutile d'examiner la question, alors que le juge Hall était d'avis de confirmer les conclusions des juges siégeant en cabinet.

[150] Les compagnies de tabac n'ont pas débattu cette question dans le pourvoi. Je suis d'avis de confirmer les conclusions des juges Wedge, Satanove et Hall, et de radier les demandes de jugement déclaratoire.

V. Conclusion

[151] Je conclus qu'il est manifeste et évident que les allégations des compagnies de tabac visant le Canada n'ont aucune possibilité raisonnable d'être retenues et doivent être radiées. Les appels interjetés par le Canada dans l'*Affaire du recouvrement des coûts* et l'*Affaire Knight* sont accueillis, et les appels incidents sont rejetés. Imperial est condamnée aux dépens devant toutes les cours dans l'*Affaire Knight*, et les compagnies de tabac sont condamnées aux dépens devant toutes les cours dans l'*Affaire du recouvrement des coûts*. Aucuns dépens ne sont adjugés contre la Colombie-Britannique ou en faveur de celle-ci dans l'*Affaire du recouvrement des coûts*.

Pourvois accueillis et pourvois incidents rejetés avec dépens.

Procureur des appelants/intimés au pourvoi incident (33559-33563): Procureur général du Canada, Ottawa.

Procureurs de l'intimée/appelante au pourvoi incident Imperial Tobacco Canada Limitée

Hunter Litigation Chambers Law Corporation, Vancouver.

Solicitors for the respondent Her Majesty the Queen in Right of British Columbia (33563): Bull, Housser & Tupper, Vancouver.

Solicitors for the respondent/appellant on cross-appeal Imperial Tobacco Canada Limited (33563): Osler, Hoskin & Harcourt, Toronto.

Solicitors for the respondents/appellants on cross-appeal Rothmans, Benson & Hedges Inc. and Rothmans Inc. (33563): Affleck Hira Burgoyne, Vancouver.

Solicitors for the respondents/appellants on cross-appeal JTI-MacDonald Corp., R.J. Reynolds Tobacco Company and R.J. Reynolds Tobacco International Inc. (33563): Farris, Vaughan, Wills & Murphy, Vancouver.

Solicitors for the respondents/appellants on cross-appeal B.A.T. Industries p.l.c. and British American Tobacco (Investments) Limited (33563): Sugden, McFee & Roos, Vancouver.

Solicitors for the respondent/appellant on cross-appeal Carreras Rothmans Limited (33563): Harper Grey, Vancouver.

Solicitors for the respondent/appellant on cross-appeal Philip Morris U.S.A. Inc. (33563): Davis & Company, Vancouver.

Solicitors for the respondent/appellant on cross-appeal Philip Morris International Inc. (33563): McCarthy Tétrault, Montréal.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Ontario (33559-33563): Attorney General of Ontario, Toronto.

Solicitors for the intervener Her Majesty the Queen in Right of the Province of New Brunswick (33563): Bennett Jones, Toronto.

(33559): Hunter Litigation Chambers Law Corporation, Vancouver.

Procureurs de l'intimée Sa Majesté la Reine du chef de la Colombie-Britannique (33563): Bull, Housser & Tupper, Vancouver.

Procureurs de l'intimée/appelante au pourvoi incident Imperial Tobacco Canada Limitée (33563): Osler, Hoskin & Harcourt, Toronto.

Procureurs des intimées/appelantes au pourvoi incident Rothmans, Benson & Hedges Inc. et Rothmans Inc. (33563): Affleck Hira Burgoyne, Vancouver.

Procureurs des intimées/appelantes au pourvoi incident JTI-MacDonald Corp., R.J. Reynolds Tobacco Company et R.J. Reynolds Tobacco International Inc. (33563): Farris, Vaughan, Wills & Murphy, Vancouver.

Procureurs des intimées/appelantes au pourvoi incident B.A.T. Industries p.l.c. et British American Tobacco (Investments) Limited (33563): Sugden, McFee & Roos, Vancouver.

Procureurs de l'intimée/appelante au pourvoi incident Carreras Rothmans Limited (33563): Harper Grey, Vancouver.

Procureurs de l'intimée/appelante au pourvoi incident Philip Morris U.S.A. Inc. (33563): Davis & Company, Vancouver.

Procureurs de l'intimée/appelante au pourvoi incident Philip Morris International Inc. (33563): McCarthy Tétrault, Montréal.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario (33559-33563): Procureur général de l'Ontario, Toronto.

Procureurs de l'intervenante Sa Majesté la Reine du chef de la province du Nouveau-Brunswick (33563): Bennett Jones, Toronto.

*Solicitor for the intervener the Attorney General
of British Columbia (33559-33563): Attorney
General of British Columbia, Victoria.*

*Procureur de l'intervenant le procureur géné-
ral de la Colombie-Britannique (33559-33563) :
Procureur général de la Colombie-Britannique,
Victoria.*

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

John Phillip Topp *Respondent*

and

Attorney General of Alberta *Intervener*

INDEXED AS: R. v. TOPP

2011 SCC 43

File No.: 33529.

2011: March 23; 2011: September 23.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Criminal law — Sentencing — Fines — Offender's ability to pay — Burden of proof — Whether offender required to prove inability to pay a fine corresponding to funds fraudulently obtained — Whether trial judge erred in declining to impose a fine — Whether trial judge was bound to impose a fine in light of accused's failure to explain what happened to misappropriated funds — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 734(2).

The accused used his brokerage business to defraud Canada Customs of \$4.7 million. He was convicted of 16 counts of fraud and attempted fraud under the *Customs Act*. The Crown sought a \$4.7 million fine in addition to imprisonment. At the sentencing hearing, the accused's counsel asserted that the accused was unable to pay a fine, but adduced little evidence to support the assertion. No explanation was given of where the \$4.7 million had gone and the Crown was unable to trace or locate the funds. The Crown urged the court to infer that the funds were still in the accused's possession. The trial judge sentenced the accused to imprisonment but declined to impose a fine because she was not satisfied as required by s. 734(2) of the *Criminal Code*

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

John Phillip Topp *Intimé*

et

Procureur général de l'Alberta *Intervenant*

RÉPERTORIÉ : R. c. TOPP

2011 CSC 43

N° du greffe : 33529.

2011 : 23 mars; 2011 : 23 septembre.

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

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

Droit criminel — Détermination de la peine — Amendes — Capacité de payer du délinquant — Fardeau de la preuve — Incombe-t-il au délinquant de prouver qu'il est incapable de payer une amende correspondant aux fonds obtenus frauduleusement par lui? — La juge du procès a-t-elle commis une erreur en refusant d'infliger une amende à l'accusé? — La juge du procès était-elle tenue d'infliger une amende à l'accusé compte tenu de l'omission de ce dernier d'expliquer ce qu'il était advenu des fonds dont il s'était frauduleusement emparé? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 734(2).

L'accusé a fraudé Douanes Canada pour une somme de 4,7 millions de dollars par le biais de son entreprise de courtage. Il a été reconnu coupable de 16 chefs d'accusation de fraude et de tentative de fraude sous le régime de la *Loi sur les douanes*. Le ministère public a demandé qu'une amende de 4,7 millions de dollars lui soit infligée, en plus d'une peine d'emprisonnement. À l'audience de détermination de la peine, l'avocat de l'accusé a avancé que ce dernier n'avait pas la capacité de payer une amende, mais il a produit très peu d'éléments de preuve pour étayer son allégation et n'a offert aucune explication sur ce qu'il était advenu des 4,7 millions de dollars. Le ministère public, incapable de déterminer où se trouvaient les fonds, a invité la cour à déduire que

that the accused was able to pay a fine. The Court of Appeal dismissed an appeal by the Crown.

Held: The appeal should be dismissed.

The legislative purpose behind s. 734(2) of the *Criminal Code* is to prevent offenders from being fined amounts that they are truly unable to pay, and to correspondingly reduce the number of offenders who are incarcerated in default of payment. A court may impose a fine only if satisfied, on a balance of probabilities, that the offender has the means to pay the fine (or to discharge it under s. 736, which is not possible in this case). As a practical matter, s. 734(2) imposes a burden on the party seeking a fine to satisfy the court that the offender is able to pay. The party opposing the fine does not assume a formal burden of proof and remains free to argue that the evidence before the court should not satisfy the court that the offender is able to pay.

In the absence of a reasonable explanation to the contrary, past receipt of illegally obtained funds will often support an inference that the offender still possesses sufficient funds to pay a fine. However, a trial judge is not bound as a matter of law to reach that conclusion. The weight reasonably attributable to the past receipt of funds will vary according to at least two factors: the amount of funds acquired and the length of time that has passed between the acquisition of the funds and the imposition of sentence. Both the text of s. 734(2) and the legislative intention to avoid the incarceration of offenders who are truly unable to pay their fines support the conclusion that proof of past receipt of illegally obtained funds is not always conclusive of a present ability to pay.

The Crown is not required to identify or locate the specific assets that the offender can use to pay the fine and instead may rely on indirect evidence to prove an offender's ability to pay. On the other hand, the text of s. 734(2) explicitly requires an affirmative finding that the offender is able to pay a fine, instead of requiring the party opposing the fine to prove that the offender is unable to pay the fine.

l'accusé les avait toujours en sa possession. La juge du procès a condamné l'accusé à une peine d'emprisonnement, mais elle a refusé de lui imposer une amende car elle ne pouvait remplir la condition prévue au par. 734(2) du *Code criminel*, n'étant pas convaincue qu'il aurait été en mesure de la payer. La Cour d'appel a rejeté l'appel interjeté par le ministère public.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

L'objectif du par. 734(2) du *Code criminel* consiste à empêcher que des amendes soient infligées à des délinquants réellement incapables de les payer, et ainsi diminuer le nombre de délinquants incarcérés pour défaut de paiement. Le tribunal ne peut infliger une amende que s'il est convaincu, selon la prépondérance des probabilités, que le délinquant a la capacité de la payer (ou de s'en acquitter en vertu de l'art. 736, ce qui n'est pas possible en l'espèce). En pratique, le par. 734(2) impose à la partie qui propose l'amende le fardeau de convaincre le tribunal que le délinquant est en mesure de la payer. La partie qui s'oppose à l'amende n'est pas tenue de s'acquitter d'un fardeau de preuve formel, et elle demeure libre d'avancer que la preuve dont dispose le tribunal ne saurait convaincre ce dernier que le délinquant est capable de la payer.

Il arrive souvent qu'en l'absence d'une explication raisonnable contraire, le fait que le délinquant a reçu, dans le passé, des fonds obtenus illégalement permette de déduire qu'il a toujours suffisamment de fonds pour payer une amende. Cependant, le juge du procès n'est pas tenu, en droit, de parvenir à cette conclusion. La valeur probante que l'on peut raisonnablement accorder au fait que le délinquant a reçu, dans le passé, des fonds obtenus illégalement variera en fonction d'au moins deux facteurs, à savoir le délai qui s'est écoulé entre le moment où il les a acquis et celui où il se voit imposer une peine, et l'importance de la somme en question. Le texte même du par. 734(2) ainsi que la volonté du législateur d'éviter que ne soient incarcérés des délinquants véritablement incapables de payer leurs amendes appuient la conclusion qu'il ne faut pas toujours déduire d'une preuve établissant que le délinquant a déjà reçu des fonds obtenus illégalement qu'il a toujours la capacité de payer une amende.

Le ministère public n'est pas tenu d'identifier ou de localiser les éléments d'actif précis dont le délinquant peut se servir pour payer l'amende; il peut plutôt se fonder sur une preuve indirecte pour établir la capacité de payer du délinquant. Par contre, le par. 734(2) prévoit expressément que le tribunal doit conclure formellement que le délinquant est capable de payer une amende, au lieu d'imposer à la partie qui s'oppose à l'amende le fardeau de le convaincre que le délinquant est incapable de le faire.

In this case, the trial judge committed no reviewable error in declining to impose a fine. She expressly took into account the accused's failure to explain what had happened to the misappropriated funds. She did not fail to consider anything relevant to her decision. She did not require the Crown to locate the missing funds. She was simply not satisfied that the accused was able to pay the fine sought by the Crown. This conclusion was open to her, as a matter of law, on the facts as she found them.

Cases Cited

Referred to: *R. v. Wu*, 2003 SCC 73, [2003] 3 S.C.R. 530; *R. v. Grimberg* (2002), 155 O.A.C. 296; *R. v. Desjardins* (1996), 182 N.B.R. (2d) 321; *R. v. Dow* (1976), 1 C.R. (3d) S.-9; *R. v. Noseworthy*, 2000 NFCA 45, 192 Nfld. & P.E.I.R. 120; *R. v. Guppy* (1995), 16 Cr. App. R. (S.) 25; *R. v. Johnson*, 2010 ABCA 392, 493 A.R. 74; *R. v. Castro*, 2010 ONCA 718, 102 O.R. (3d) 609.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 720 to 724, 724(3)(d), (e), 734(1)(a), (2), (5), 736.
Customs Act, R.S.C. 1985, c. 1 (2nd Supp.), s. 153(c).

Authors Cited

Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. 133, 1st Sess., 35th Parl., September 20, 1994, p. 5872.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Moldaver, Goudge and Rouleau JJ.A.), 2009 ONCA 828, [2009] O.J. No. 4934 (QL), 2009 CarswellOnt 7307, affirming a decision of Baltman J., 2008 CanLII 20991, [2008] O.J. No. 1766 (QL), 2008 CarswellOnt 2539. Appeal dismissed.

Nicholas E. Devlin and Xenia Proestos, for the appellants.

No one appeared for the respondent.

Maureen J. McGuire, for the intervener.

P. Andras Schreck, as *amicus curiae*.

En l'espèce, la juge du procès n'a pas commis d'erreur susceptible de révision en refusant d'infliger une amende à l'accusé. Elle a expressément pris en compte l'omission de ce dernier d'expliquer ce qu'il était advenu des fonds dont il s'était frauduleusement emparé. Elle n'a pas omis de tenir compte d'un quelconque élément pertinent avant de prendre sa décision. Elle n'a pas imposé au ministère public le fardeau de déterminer où se trouvaient les fonds manquants. Elle n'était tout simplement pas convaincue que l'accusé était en mesure de payer l'amende que le ministère public cherchait à lui faire imposer. Elle pouvait, en droit, tirer une telle conclusion sur la base de sa propre appréciation des faits.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *R. c. Wu*, 2003 CSC 73, [2003] 3 R.C.S. 530; *R. c. Grimberg* (2002), 155 O.A.C. 296; *R. c. Desjardins* (1996), 182 R.N.-B. (2^e) 321; *R. c. Dow* (1976), 1 C.R. (3d) S.-9; *R. c. Noseworthy*, 2000 NFCA 45, 192 Nfld. & P.E.I.R. 120; *R. c. Guppy* (1995), 16 Cr. App. R. (S.) 25; *R. c. Johnson*, 2010 ABCA 392, 493 A.R. 74; *R. c. Castro*, 2010 ONCA 718, 102 O.R. (3d) 609.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 720 à 724, 724(3d), e, 734(1a), (2), (5), 736.
Loi sur les douanes, L.R.C. 1985, ch. 1 (2^e suppl.), art. 153c).

Doctrine citée

Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. 133, 1^{re} sess., 35^e lég., 20 septembre 1994, p. 5872.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (les juges Moldaver, Goudge et Rouleau), 2009 ONCA 828, [2009] O.J. No. 4934 (QL), 2009 CarswellOnt 7307, qui a confirmé une décision de la juge Baltman, 2008 CanLII 20991, [2008] O.J. No. 1766 (QL), 2008 CarswellOnt 2539. Pourvoi rejeté.

Nicholas E. Devlin et Xenia Proestos, pour l'appelante.

Personne n'a comparu pour l'intimé.

Maureen J. McGuire, pour l'intervenant.

P. Andras Schreck, en qualité d'*amicus curiae*.

The judgment of the Court was delivered by

Version française du jugement de la Cour rendu
par

FISH J. —

LE JUGE FISH —

I

I

[1] John Phillip Topp, the respondent, was convicted in 2008 of using his brokerage business to defraud Canada Customs of \$4.7 million.

[1] John Phillip Topp, l'intimé, a été reconnu coupable en 2008 d'avoir fraudé Douanes Canada pour une somme de 4,7 millions de dollars par le biais de son entreprise de courtage.

[2] The Crown sought a \$4.7 million fine in addition to a seven-year term of imprisonment. The trial judge sentenced Mr. Topp to a total of five years' imprisonment (2008 CanLII 20991) but declined to impose a fine because she was not satisfied that Mr. Topp was able to pay, as required by s. 734(2) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46.

[2] Le ministère public a demandé qu'une amende de 4,7 millions de dollars et une peine d'emprisonnement de sept ans lui soient infligées. La juge du procès l'a condamné à une peine d'emprisonnement de cinq ans au total (2008 CanLII 20991), mais elle a refusé de lui imposer une amende car elle ne pouvait remplir la condition prévue au par. 734(2) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, n'étant pas convaincue qu'il aurait été en mesure de la payer.

[3] An appeal by the Crown was dismissed, unanimously, by the Ontario Court of Appeal (2009 ONCA 828 (CanLII)) and the Crown now appeals to this Court, with leave, against the judgment of the Court of Appeal.

[3] La Cour d'appel de l'Ontario a rendu un arrêt unanime dans lequel elle a rejeté l'appel interjeté par le ministère public (2009 ONCA 828 (CanLII)), qui se pourvoit à présent devant notre Cour, avec autorisation, contre cet arrêt.

[4] In his submissions on sentence, defence counsel asserted that Mr. Topp was unable to pay a fine, but adduced little evidence to support his assertion and offered no explanation of where the \$4.7 million had gone. The Crown, unable to trace or locate the funds, urged the court to infer that the funds were still in Mr. Topp's possession.

[4] Dans ses observations relatives à la peine, l'avocat de la défense a avancé que M. Topp n'avait pas la capacité de payer une amende, mais il a produit très peu d'éléments de preuve pour étayer son allégation et n'a offert aucune explication sur ce qu'il était advenu des 4,7 millions de dollars. Le ministère public, incapable de déterminer où se trouvaient les fonds, a invité la cour à déduire que M. Topp les avait toujours en sa possession.

[5] In this Court, the Crown argues that s. 734(2) required Mr. Topp to prove he was unable to pay a fine corresponding to the funds he was shown to have fraudulently obtained. Since he failed to discharge that burden, says the Crown, the trial judge erred in law in declining to impose the requested fine.

[5] Devant notre Cour, le ministère public soutient que, selon le par. 734(2), il incombait à M. Topp de prouver qu'il était incapable de payer une amende correspondant aux fonds, qui, comme il a été établi, ont été obtenus frauduleusement par lui. M. Topp ne s'étant pas acquitté de ce fardeau, le ministère public fait valoir que la juge du procès a commis une erreur de droit en refusant de lui infliger l'amende proposée.

[6] I would dismiss the appeal.

[7] Past receipt of illegally obtained funds does not impose an evidential burden on offenders to prove they no longer possess their ill-gotten gains. In the absence of a credible explanation, however, it will often be open to the court to infer that the offender is able to pay a fine. But the court is not legally bound to do so. The probative weight of the inference will depend on the circumstances, and therefore vary from case to case.

[8] I agree with the Court of Appeal that this was a “close call” (para. 1). While another judge might well have decided differently, I agree as well that it was open to the trial judge, on the evidence and the information placed before her, to decline to impose a fine.

II

[9] Mr. Topp was the owner and manager of Topp Customs Services Inc., a brokerage business that helped importers determine and satisfy their customs obligations. Between 1999 and 2001, on more than 400 separate occasions, he instead helped himself to a total of more than \$4.7 million entrusted to his firm for that purpose. In each instance, Topp Customs collected from its clients the duties and taxes properly payable to the government, but submitted false documents to Canada Customs indicating that the clients owed little or nothing.

[10] Mr. Topp was convicted at trial of 16 counts of fraud and attempted fraud under s. 153(c) of the *Customs Act*, R.S.C. 1985, c. 1 (2nd Supp.). His convictions are not in issue.

[11] The sole issue on this appeal is whether the trial judge, Baltman J., erred in law in declining to impose a fine, pursuant to the Crown’s request. More particularly, the decisive question is whether Judge Baltman misapplied s. 734(2) of the *Criminal*

[6] Je suis d’avis de rejeter le pourvoi.

[7] Le fait d’avoir reçu des fonds obtenus illégalement n’impose pas au délinquant le fardeau de prouver qu’il ne les a plus en sa possession. Toutefois, il arrive souvent que le tribunal puisse déduire de l’absence de toute explication crédible de la part du délinquant que celui-ci est en mesure de payer une amende. Cependant, le tribunal n’est pas tenu par la loi de faire une telle déduction, dont la valeur probante dépendra des circonstances de chaque cas et variera donc d’une affaire à l’autre.

[8] Je suis d’accord avec la Cour d’appel qu’il s’agit d’un [TRADUCTION] « cas limite » (par. 1). Un autre juge aurait certainement pu en décider autrement, mais je suis également d’accord qu’il était loisible à la juge du procès, compte tenu de la preuve et des renseignements dont elle disposait, de refuser d’imposer une amende à M. Topp.

II

[9] M. Topp possédait et administrait Topp Customs Services Inc., une entreprise de courtage qui aidait les importateurs à déterminer et remplir leurs obligations douanières. De 1999 à 2001, à plus de 400 occasions distinctes, il a empoché les sommes que des importateurs avaient versées à l’entreprise à cette fin, et ce pour un total de plus de 4,7 millions de dollars. Dans chaque cas, l’entreprise percevait les droits et taxes à payer au gouvernement, mais elle soumettait à Douanes Canada de faux documents indiquant que ses clients ne lui devaient rien ou à peu près rien.

[10] Au procès, M. Topp a été reconnu coupable de 16 chefs d’accusation de fraude et de tentative de fraude en application de l’al. 153c) de la *Loi sur les douanes*, L.R.C. 1985, ch. 1 (2^e suppl.). Les déclarations de culpabilité prononcées à son égard ne sont pas contestées.

[11] La seule question que soulève le présent pourvoi est de savoir si la juge du procès, la juge Baltman, a commis une erreur de droit en rejetant la demande du ministère public d’infliger une amende à M. Topp. Plus particulièrement, il

Code. More particularly still, the question is whether Judge Baltman was bound to impose a fine in light of Mr. Topp's failure to explain what had happened to the \$4.7 million he was found by the judge to have misappropriated.

[12] Section 734(2) provides:

734. . . .

(2) Except when the punishment for an offence includes a minimum fine or a fine is imposed in lieu of a forfeiture order, a court may fine an offender under this section only if the court is satisfied that the offender is able to pay the fine or discharge it under section 736.

[13] Section 736 provides that “[a]n offender who is fined under section 734 may . . . discharge the fine in whole or in part by earning credits for work performed during a period not greater than two years in a [provincial] program established for that purpose”. Ontario has not established such a program. Accordingly, unless the judge was satisfied that Mr. Topp was able to pay the fine, no fine could legally be imposed.

[14] Judge Baltman declined to impose a fine. After considering counsels' submissions, she explained her conclusion this way:

There is virtually no information about what Mr. Topp did with the stolen funds; the Crown attempted to trace the funds and found that some monies had been transferred to a bank account in Antigua, but there was nothing left to recover. Mr. Topp appears to have few tangible assets, and so where the money went remains a mystery.

. . . As I am not persuaded the accused has the ability to pay a fine, none is imposed. [paras. 6 and 33]

s'agit de savoir si la juge Baltman a mal appliqué le par. 734(2) du *Code criminel* et, plus précisément encore, si elle était tenue d'infliger une amende à M. Topp, compte tenu de l'omission de ce dernier d'expliquer ce qu'il était advenu des 4,7 millions de dollars dont il s'était frauduleusement emparé, comme elle l'a conclu.

[12] Le paragraphe 734(2) prévoit ce qui suit :

734. . . .

(2) Sauf dans le cas d'une amende minimale ou de celle pouvant être infligée au lieu d'une ordonnance de confiscation, le tribunal ne peut infliger l'amende prévue au présent article que s'il est convaincu que le délinquant a la capacité de la payer ou de s'en acquitter en application de l'article 736.

[13] L'article 736 du *Code criminel* prévoit que « [l]e délinquant condamné au paiement d'une amende au terme de l'article 734 [. . .] peut s'acquitter de l'amende en tout ou en partie par acquisition de crédits au titre de travaux réalisés, sur une période maximale de deux ans, dans le cadre d'un programme [provincial] [. . .] établi à cette fin ». Or, l'Ontario n'a pas établi un tel programme. Par conséquent, à moins que la juge ait été convaincue que M. Topp était en mesure de payer l'amende, aucune amende ne pouvait, en droit, lui être infligée.

[14] La juge Baltman a donc refusé de lui infliger une amende. Après avoir examiné les observations des avocats, elle a expliqué sa conclusion de la manière suivante :

[TRADUCTION] Il n'existe pour ainsi dire aucune information sur ce que M. Topp a fait des fonds qui ont été dérobés; le ministère public a tenté d'en retrouver la trace et conclu qu'une partie de ceux-ci avait été transférée à un compte bancaire à Antigua, mais qu'il n'était plus possible de les recouvrer. Comme M. Topp ne semble posséder que peu de biens matériels, nul ne sait ce qu'il est advenu des fonds.

. . . Étant donné que je ne suis pas convaincue que l'accusé est en mesure de payer une amende, je ne lui en infligerai pas. [par. 6 et 33]

[15] An appeal by the Crown was dismissed by the Ontario Court of Appeal. In its brief endorsement, the Court of Appeal described the matter as “a close call”, but found that “it was open to the trial judge, on the record before her and the submissions of defence counsel, to find that the respondent did not have the ability to pay the fine” (para. 1).

III

[16] Subject to s. 734(2), the court may impose a fine “in addition to or in lieu of any other sanction” that the court is required or authorized to impose (s. 734(1)(a)).

[17] In this case, the Crown urged the court to impose a fine in addition to a lengthy term of imprisonment. In other cases, the offender seeks the imposition of a fine in lieu of a more severe punishment. Moreover, the court may impose a fine where none is requested by either side. Section 734(2) applies in all three instances: The court can only impose a fine if it is satisfied, on the basis of the record before it, that the offender has the means to pay the contemplated fine (or to discharge it under s. 736).

[18] The legislative purpose behind s. 734(2) is to prevent offenders from being fined amounts that they are truly unable to pay, and to correspondingly reduce the number of offenders who are incarcerated in default of payment. In proposing its adoption in 1994, the then-Minister of Justice explained the rationale behind s. 734(2) this way:

[TRANSLATION] At the present time, nearly a third of the people liable to incarceration in provincial jails are in that situation because they did not pay fines. . . .

The bill recognizes this situation.

These provisions state that the court must be convinced that the offender can pay the fine contemplated before imposing it.

(*House of Commons Debates*, vol. 133, 1st Sess., 35th Parl., September 20, 1994, at p. 5872)

[15] L'appel du ministère public a été rejeté par la Cour d'appel de l'Ontario. Dans son bref arrêt, la cour a dit qu'il s'agissait d'[TRADUCTION] « un cas limite », mais elle a tout de même jugé que « la juge du procès pouvait conclure, sur la base du dossier dont elle disposait et des observations de l'avocat de la défense, que l'intimé n'avait pas la capacité de payer l'amende » (par. 1).

III

[16] Sous réserve du par. 734(2), le tribunal peut imposer une amende « en sus ou au lieu de toute autre peine » qu'il doit ou peut infliger (al. 734(1)a)).

[17] En l'espèce, le ministère public a exhorté la cour à infliger une amende à M. Topp, en plus d'une longue période d'emprisonnement. Il arrive parfois que le délinquant demande qu'une amende lui soit infligée au lieu d'une peine plus sévère. Par ailleurs, le tribunal peut infliger une amende au délinquant même si aucune des parties ne le demande. Quoi qu'il en soit, le par. 734(2) s'applique dans ces trois cas : le tribunal ne peut infliger une amende que s'il est convaincu, sur la base du dossier dont il dispose, que le délinquant a la capacité de la payer (ou de s'en acquitter en vertu de l'art. 736).

[18] L'objectif visé par le par. 734(2) consiste à empêcher que des amendes soient infligées à des délinquants réellement incapables de les payer, et ainsi diminuer le nombre de délinquants incarcérés pour défaut de paiement. En proposant l'adoption de ce paragraphe, en 1994, le ministre de la Justice de l'époque en a ainsi expliqué la raison d'être :

À l'heure actuelle, près d'un tiers des personnes admissibles à l'incarcération en institution provinciale le sont pour défaut de paiement d'amende. . . .

Ce projet de loi reconnaît cette situation.

Par ces dispositions, le tribunal devra être convaincu que le contrevenant peut payer l'amende envisagée avant de l'infliger.

(*Débats de la Chambre des communes*, vol. 133, 1^{re} sess., 35^e lég., 20 septembre 1994, p. 5872)

[19] And the effect of the provision was thus described by this Court in *R. v. Wu*, 2003 SCC 73, [2003] 3 S.C.R. 530, at para. 47:

... Parliament rejected in general the notion that a fine should be set without regard to an offender's ability to pay. A means inquiry is now a condition precedent to the imposition of a fine except where otherwise provided by law.

[20] An affirmative finding that an offender is able to pay is therefore required before a fine can be imposed. In the absence of evidence capable of supporting that finding, the party seeking a fine cannot succeed.

[21] Section 734(2) does not impose a formal burden of proof on the party seeking a fine. As a practical matter, however, it does so to this extent. As a matter of law, the court cannot impose a fine unless it is satisfied that the offender is able to pay. This necessarily involves an affirmative finding based on the evidence and information properly before the court pursuant to ss. 720 to 724 of the *Criminal Code*. Absent a sufficient basis for that finding, the party seeking the fine cannot legally succeed.

[22] In this sense, s. 734(2) imposes a burden on the party seeking the fine to satisfy the court that the offender is able to pay. To discharge that burden, the proponent of the fine may rely on all the relevant material before the court on sentencing — including evidence or information provided by any other party, or otherwise properly elicited by the judge pursuant, for example, to s. 723(3) of the *Criminal Code*.

[23] The party opposing a fine — often, but not always, the offender — is entitled, of course, to present any evidence or information admissible on sentence and tending to show that the offender is unable to pay. But that party, in opposing the fine,

[19] L'effet de la disposition a été décrit de la façon suivante par notre Cour dans *R. c. Wu*, 2003 CSC 73, [2003] 3 R.C.S. 530, par. 47 :

... le législateur a rejeté de façon générale la notion selon laquelle une amende devait être fixée sans égard à la capacité de payer d'un délinquant. Sauf disposition contraire de la loi, le juge doit désormais s'assurer de la capacité de payer du délinquant avant de lui infliger une amende.

[20] Avant d'infliger l'amende au délinquant, le tribunal doit donc conclure formellement que celui-ci est en mesure de la payer. En l'absence de preuve étayant une telle conclusion, la partie qui demande l'imposition d'une amende ne saurait avoir gain de cause.

[21] Le paragraphe 734(2) n'impose pas un fardeau de preuve formel à la partie qui propose l'amende. En pratique, cependant, il le fait dans une certaine mesure car, en droit, le tribunal ne peut infliger une amende au délinquant que s'il est convaincu que ce dernier est capable de la payer. Or, cela suppose nécessairement que le tribunal tire d'abord une conclusion formelle en se fondant sur la preuve et les renseignements dont il a été dûment saisi conformément aux art. 720 à 724 du *Code criminel*. En l'absence de preuve suffisante étayant une telle conclusion, la partie qui propose l'amende ne saurait avoir gain de cause.

[22] En ce sens, le par. 734(2) impose à la partie qui propose l'amende le fardeau de convaincre le tribunal que le délinquant est en mesure de la payer. Pour s'acquitter de ce fardeau, cette partie peut se fonder sur l'ensemble des éléments de preuve pertinents qui ont été soumis au tribunal au stade de la détermination de la peine, y compris les preuves et les renseignements fournis par toute autre partie ou autrement obtenus de façon régulière par le juge, par exemple en vertu du par. 723(3) du *Code criminel*.

[23] La partie qui s'oppose à l'amende — souvent, mais pas toujours, le délinquant — a évidemment le droit de présenter toute preuve ou tout renseignement admissible au stade de la détermination de la peine qui tend à démontrer que le

does not assume a formal burden of proof — evidential or persuasive. He or she remains free to argue that the evidence relied on by the proponent of the fine should not satisfy the court that the offender is able to pay.

[24] In determining whether the record contains sufficient evidence to “satisfy” the court that the offender can afford to pay the contemplated fine, the trial judge must be satisfied, *on a balance of probabilities*, of the offender’s ability to pay. The balance of probabilities standard is appropriate, in the context of s. 734(2), for two reasons.

[25] First, as a logical matter, the word “satisfied” in this context cannot signify anything less than the balance of probabilities standard. It would make little sense for a trial judge to be satisfied that an offender could pay a contemplated fine, but not believe that the offender was, more likely than not, able to pay it.

[26] Second, the balance of probabilities standard accords with s. 724(3)(d) of the *Code*. Section 724(3)(d) states:

724. . . .

(3) Where there is a dispute with respect to any fact that is relevant to the determination of a sentence,

. . . .

(d) subject to paragraph (e), the court must be satisfied on a balance of probabilities of the existence of the disputed fact before relying on it in determining the sentence

Paragraph (e) states that aggravating facts must be proved by the Crown beyond a reasonable doubt. The finding that an offender is able to pay a fine is not an aggravating fact.

délinquant est incapable de la payer. Cette partie n’est toutefois pas tenue de s’acquitter d’un fardeau de preuve formel — qu’il s’agisse d’un fardeau de présentation de la preuve ou d’un fardeau de persuasion — pour s’opposer à l’amende. Elle demeure libre d’avancer que la preuve invoquée par la partie qui propose l’amende ne saurait convaincre le tribunal que le délinquant est capable de la payer.

[24] Pour conclure que le dossier contient assez d’éléments de preuve pour « convaincre » le tribunal que le délinquant peut se permettre de payer l’amende proposée, le juge du procès doit être convaincu, *par une preuve prépondérante*, que ce dernier a la capacité de la payer. Il convient d’appliquer cette norme de preuve dans le contexte du par. 734(2), et ce pour deux raisons.

[25] Premièrement, il est logique de penser que le mot « convaincu » dans ce contexte ne peut désigner rien de moins que la norme de la prépondérance des probabilités. Il ne serait pas logique que le juge du procès puisse être convaincu que le délinquant pourrait payer l’amende proposée, d’une part, mais douter qu’il serait, selon toute vraisemblance, en mesure de la payer, d’autre part.

[26] Deuxièmement, cette norme est compatible avec l’al. 724(3)d) du *Code criminel*, dont voici le libellé :

724. . . .

(3) Les règles suivantes s’appliquent lorsqu’un fait pertinent est contesté :

. . . .

d) sous réserve de l’alinéa e), le tribunal doit être convaincu, par une preuve prépondérante, de l’existence du fait contesté sur lequel il se fonde pour déterminer la peine;

Selon l’alinéa e), le ministère public est tenu de prouver hors de tout doute raisonnable tout fait aggravant. Or, la conclusion qu’un délinquant est capable de payer une amende n’est pas un fait aggravant.

IV

[27] In the absence of a reasonable explanation to the contrary, past receipt of illegally obtained funds will often — but not always — support an inference that the offender still possesses sufficient funds to pay a fine at the time of sentencing: *R. v. Grimberg* (2002), 155 O.A.C. 296, at paras. 17-20; *R. v. Desjardins* (1996), 182 N.B.R. (2d) 321 (C.A.), at para. 29; *R. v. Dow* (1976), 1 C.R. (3d) S.-9 (B.C.C.A.), at pp. S.-14 to S.-15; *R. v. Noseworthy*, 2000 NFCA 45, 192 Nfld. & P.E.I.R. 120, at para. 21; *R. v. Guppy* (1995), 16 Cr. App. R. (S.) 25 (C.A.). See also *R. v. Johnson*, 2010 ABCA 392, 493 A.R. 74, at para. 23; *R. v. Castro*, 2010 ONCA 718, 102 O.R. (3d) 609, at para. 34, which deal with restitution orders, a related but different matter.

[28] As stated earlier, the strength of that inference will depend on the circumstances and vary from case to case. None of the cases mentioned have addressed the issue in the precise circumstances of this case. Nor have they fully canvassed the legal issue before us on this appeal: Is a trial judge not only *permitted*, but *bound as a matter of law*, to find that an offender still possesses the fruits of his crime, unless the offender explains what happened to the funds?

[29] I would answer that question in the negative, essentially for two reasons.

[30] First, in my view, the weight reasonably attributable to the past receipt of funds will vary with at least two factors: the length of time that has passed between the acquisition of the funds and the imposition of sentence, and the amount of funds acquired. The more time that has passed since the acquisition of the funds, the less likely it is that the offender still possesses the full amount. And the lower the amount of funds acquired, the less likely it is that the offender still possesses much or all of

IV

[27] Il arrive souvent — mais pas toujours — qu'en l'absence d'une explication raisonnable contraire, le fait que le délinquant a reçu, dans le passé, des fonds obtenus illégalement permette de déduire, au moment de la détermination de sa peine, qu'il a toujours suffisamment de fonds pour payer une amende : *R. c. Grimberg* (2002), 155 O.A.C. 296, par. 17-20; *R. c. Desjardins* (1996), 182 R.N.-B. (2^e) 321 (C.A.), par. 29; *R. c. Dow* (1976), 1 C.R. (3d) S.-9 (C.A.C.-B.), p. S.-14 à S.-15; *R. c. Noseworthy*, 2000 NFCA 45, 192 Nfld. & P.E.I.R. 120, par. 21; *R. c. Guppy* (1995), 16 Cr. App. R. (S.) 25 (C.A.). Voir également *R. c. Johnson*, 2010 ABCA 392, 493 A.R. 74, par. 23; *R. c. Castro*, 2010 ONCA 718, 102 O.R. (3d) 609, par. 34, affaires qui traitent d'ordonnances de restitution, question connexe à celle qui nous occupe en l'espèce mais qui en diffère.

[28] Comme je l'ai déjà dit, le poids d'une telle déduction dépendra des circonstances de chaque cas et variera donc d'une affaire à l'autre. Aucune des affaires susmentionnées ne traite de cette question dans les circonstances précises du cas qui nous occupe ni ne fait une étude exhaustive de la question de droit que nous sommes appelés à trancher en l'espèce : le juge du procès a-t-il non seulement la *faculté*, mais l'*obligation, en droit*, de conclure que le délinquant a toujours le produit de son crime en sa possession, à moins que ce dernier n'explique ce qu'il est advenu des fonds?

[29] À mon avis, il convient de répondre à cette question par la négative, et ce essentiellement pour deux raisons.

[30] D'abord, j'estime que la valeur probante que l'on peut raisonnablement accorder au fait que le délinquant a reçu, dans le passé, des fonds obtenus illégalement variera en fonction d'au moins deux facteurs, à savoir le délai qui s'est écoulé entre le moment où il les a acquis et celui où il se voit imposer une peine, d'une part, et l'importance de la somme en question, d'autre part. Plus il s'est écoulé de temps depuis le moment où il a acquis les fonds, moins il est probable qu'il aura toujours

the funds. A small sum is more likely than a large sum to be gone in its entirety.

[31] Sentencing courts must retain their accepted measure of discretion in determining how much weight they should assign to proof of past possession, bearing in mind the variables I have mentioned and other factors they find relevant in the particular circumstances of the case. For example, where much time has passed and little money was stolen, past possession alone may not satisfy the court — even in the absence of an explanation by the offender — that the offender can still pay the fine. On the other hand, recent possession of a large sum will generally suffice, in the absence of a credible explanation, to satisfy the court that the offender still controls a significant chunk of the stash. In both cases, the past acquisition of fraudulently obtained funds will have the same probative effect as past possession of legally acquired assets.

[32] Second, the text of s. 734(2) and the legislative intention to avoid the incarceration of offenders who are truly unable to pay their fines support the conclusion that proof of past receipt is not always conclusive of a present ability to pay. Under s. 734(5), Mr. Topp would receive a substantial prison term if he defaulted on the \$4.7 million fine and was unable to show at the time of default that he no longer possessed the fraudulently obtained funds. It seems to me more consistent with the text and purpose of s. 734(2) to permit trial courts to discharge their duty under that remedial provision judicially. And this they cannot do without determining for themselves whether they are satisfied,

la somme totale en sa possession. Par ailleurs, plus cette somme est modeste, moins il est probable qu'il aura toujours l'ensemble des fonds, voire une bonne partie de ceux-ci, en sa possession. Enfin, il est plus probable que le délinquant aura dépensé les fonds en entier s'il s'agit d'une somme modeste, par opposition à une somme considérable.

[31] Il est impératif que les tribunaux appelés à prononcer la peine conservent le pouvoir discrétionnaire qui leur est reconnu de décider eux-mêmes de la valeur probante à accorder à toute preuve tendant à établir que le délinquant a déjà eu les fonds en sa possession, compte tenu des variables que j'ai déjà mentionnées et des autres facteurs qu'ils jugent pertinents dans les circonstances des affaires dont ils sont saisis. Par exemple, dans le cas où un délai important s'est écoulé et où la somme volée était modeste, le fait que le délinquant a déjà eu les fonds en sa possession ne suffira peut-être pas à lui seul à convaincre le tribunal — même en l'absence de toute explication de la part du délinquant — que ce dernier est toujours en mesure de payer l'amende. À l'inverse, le fait que le délinquant a récemment eu une somme importante en sa possession suffira généralement, en l'absence de toute explication crédible, à convaincre le tribunal que ce dernier dispose toujours d'une bonne partie de son butin. Dans l'un et l'autre cas, le fait que le délinquant a acquis, dans le passé, des fonds obtenus frauduleusement aura le même effet probant que le fait qu'il a déjà eu en sa possession des biens acquis de manière licite.

[32] Ensuite, le texte même du par. 734(2) ainsi que la volonté du législateur d'éviter que ne soient incarcérés des délinquants véritablement incapables de payer leurs amendes nous amènent à conclure qu'il ne faut pas toujours déduire d'une preuve établissant que le délinquant a effectivement reçu les fonds qu'il a toujours la capacité de payer une amende. Selon le par. 734(5), M. Topp se serait vu imposer une peine d'emprisonnement importante s'il avait fait défaut de payer l'amende de 4,7 millions de dollars et s'il n'était pas parvenu à établir qu'au moment où il avait fait défaut de payer il ne disposait plus des fonds obtenus frauduleusement. Il me semble que permettre aux tribunaux de

in light of all the circumstances and the materials placed before them, that the offender is able to pay a fine.

[33] The Crown submits that the offender bears an onus to explain what happened to the funds because the offender is in a better position to obtain and adduce relevant evidence than the Crown. It is often impossible for the Crown to trace the proceeds of crime. In the present case, for example, the Crown lost track of the fraudulently obtained funds after tracing them to a bank account in Antigua.

[34] This submission is attractive at first glance but loses its appeal on closer scrutiny.

[35] First, the Crown is not required to identify or locate the specific assets that the offender can use to pay the fine, though direct evidence of this sort, when available to the Crown, is by its nature particularly persuasive. In its absence, the Crown may instead rely on various types of indirect evidence to satisfy the trial judge of the offender's ability to pay — including evidence that the offender had possession of impugned funds in the relatively recent past, evidence of an ongoing lavish lifestyle, and evidence of the offender's earning potential.

[36] Second, the Crown's argument disregards the text of s. 734(2). It may be desirable from a truth-seeking perspective to place an evidentiary onus on the party that is best positioned to produce evidence. Parliament well understood that the offender is better positioned to produce evidence of his finances than the Crown. But Parliament has

première instance de s'acquitter judiciairement de leur tâche par le biais de cette disposition réparatrice soit davantage compatible avec le texte et l'objet du par. 734(2). Et ils ne peuvent s'acquitter de cette tâche sans décider eux-mêmes si, compte tenu de l'ensemble des circonstances et des éléments de preuve dont ils disposent, le délinquant est en mesure de payer une amende.

[33] Le ministère public soutient qu'il incombe au délinquant d'expliquer ce qu'il est advenu des fonds, car ce dernier est mieux placé que lui pour obtenir et présenter des éléments de preuve pertinents à cet égard. En effet, il est souvent impossible au ministère public de déterminer ce qu'il est advenu des produits de la criminalité. En l'espèce, par exemple, le ministère public a perdu la trace des fonds en cause après avoir appris qu'ils avaient été versés à un compte bancaire à Antigua.

[34] À première vue, cet argument paraît séduisant, mais, à y voir de plus près, il semble dénué de fondement.

[35] Premièrement, le ministère public n'est pas tenu d'identifier ou de localiser les éléments d'actif précis dont le délinquant peut se servir pour payer l'amende, mais il va de soi que toute preuve directe à cet égard dont dispose le ministère public, le cas échéant, est, de par sa nature même, particulièrement convaincante. S'il ne dispose pas d'une telle preuve, le ministère public peut plutôt se fonder sur divers types de preuve indirecte pour convaincre le juge du procès de la capacité du délinquant de payer l'amende, notamment une preuve que le délinquant avait les fonds en sa possession dans un passé relativement récent, une preuve qu'il mène toujours une vie fastueuse, ou encore une preuve de son potentiel salarial.

[36] Deuxièmement, l'argument du ministère public fait abstraction du texte même du par. 734(2). En effet, il peut être souhaitable, du point de vue de la recherche de la vérité, d'imposer le fardeau de la preuve à la partie qui est le mieux à même de produire des éléments de preuve. Le législateur a bien compris que c'est le délinquant, et non le ministère

nonetheless explicitly chosen to require an affirmative finding that the offender is *able* to pay a fine, instead of requiring the offender who opposes a fine to satisfy the court that he or she is *unable* to pay.

[37] The Crown also argues that the interpretation of s. 734(2) should be influenced by case law relating to restitution and the common law rules regarding the imposition of fines. With respect, the cases cited by the Crown are readily distinguishable.

[38] In *Johnson and Castro*, the Alberta and Ontario Courts of Appeal respectively held that, in the context of a *restitution* order, past receipt of ill-gotten gains places a burden on the offender to explain where they have gone. Restitution, however, differs from a fine in two important respects. First, and perhaps most important, restitution orders are not subject to s. 734(2). Second, an offender who defaults on a restitution order — unlike an offender who defaults on a fine — is not subject to imprisonment as a consequence.

[39] In *Noseworthy*, the Newfoundland Court of Appeal held that the offender bears the burden of affirmatively establishing his inability to pay. That case, however, dealt with a fine imposed under the *Excise Act*, R.S.C. 1985, c. E-14, which at the time was not subject to s. 734(2) (the section has since been amended to apply to fines imposed under all acts of Parliament). The Court of Appeal's decision addressed the allocation of burdens under the common law and not the interpretation of s. 734(2).

public, qui est le mieux placé pour produire des éléments de preuve concernant sa situation financière. Cependant, le législateur a tout de même décidé expressément que le tribunal doit conclure formellement que le délinquant est *capable* de payer une amende, au lieu d'imposer à ce dernier le fardeau de le convaincre qu'il est *incapable* de le faire.

[37] Le ministère public fait également valoir qu'il convient d'interpréter le par. 734(2) sous l'éclairage de la jurisprudence en matière de restitution et des règles de la common law concernant l'imposition d'amendes. Pourtant, les affaires citées par le ministère public peuvent facilement être distinguées du présent cas.

[38] Dans *Johnson et Castro*, les cours d'appel de l'Alberta et de l'Ontario ont respectivement conclu, dans le contexte d'une ordonnance de *restitution*, que le fait que le délinquant avait reçu, dans le passé, des fonds acquis de façon illicite imposait à ce dernier le fardeau d'expliquer ce qu'il était advenu de ceux-ci. Toutefois, la restitution diffère de l'amende, et ce à deux égards importants. Premièrement, et peut-être ce qui est le plus important, les ordonnances de restitution ne sont pas régies par le par. 734(2). Deuxièmement, le délinquant qui omet de se conformer à une ordonnance de restitution ne s'expose pas à une peine d'emprisonnement, contrairement à celui qui omet de payer une amende.

[39] Dans *Noseworthy*, la Cour d'appel de Terre-Neuve a conclu qu'il incombait au délinquant de prouver formellement son incapacité de payer l'amende. Cependant, il était question dans cette affaire d'une amende imposée en vertu de la *Loi sur l'accise*, L.R.C. 1985, ch. E-14, et, à l'époque, une telle amende n'était pas assujettie au par. 734(2) (l'art. 734 a depuis été modifié et il s'applique maintenant à toute amende imposée sous le régime d'une loi fédérale). Dans son arrêt, la Cour d'appel de Terre-Neuve s'est penchée sur les fardeaux de preuve qu'il convient d'imposer suivant la common law et non sur l'interprétation à donner au par. 734(2).

V

[40] In declining to impose a fine, the trial judge in this case considered counsels' submissions and all of the information and evidence before her. She expressly took into account Mr. Topp's failure to explain what had happened to the money he was found beyond a reasonable doubt to have misappropriated. Nothing in the record indicates that she failed to consider anything relevant to her decision. In the end, the judge plainly declared that she was not satisfied that Mr. Topp was able to pay the fine requested by the Crown. She could reasonably have concluded otherwise, but she was not legally bound to do so.

[41] The Crown submits that the trial judge erred in law by imposing a formal requirement on the Crown to locate Mr. Topp's misappropriated funds. This submission is without merit. It is clear from the transcript of the hearing on sentence that the trial judge imposed no such burden on the Crown:

THE COURT: . . . There's been no explanation offered on where the -- how the money was spent. So, you can't say that there is no lavish lifestyle. All you can say is the Crown wasn't able to find it which may only speak to someone's skill in concealing it.

DEFENCE COUNSEL: . . . Mr. Topp's prior counsel offered carte blanche for the government to go look anywhere they wanted. He'd sign any documents. . .

THE COURT: But it's not their job. They are not the ones that got the money. Who better than the person who received the money to explain what happened to it? So, it may be an argument that it's not obvious that it was spent in that way, but I don't think you can suggest that it wasn't in fact spent that way. [A.R., at pp. 217-18]

V

[40] La juge du procès a refusé d'infliger une amende à M. Topp après avoir soupesé les observations des avocats des parties ainsi que l'ensemble des renseignements et des éléments de preuve dont elle disposait. Elle a expressément pris en compte l'omission de ce dernier d'expliquer ce qu'il était advenu des fonds dont il s'était frauduleusement emparé, comme il a été établi hors de tout doute raisonnable. Rien au dossier n'indique qu'elle a omis de tenir compte d'un quelconque élément pertinent avant de prendre sa décision. En bout de ligne, la juge du procès a dit clairement ne pas être convaincue que M. Topp était en mesure de payer l'amende que le ministère public cherchait à lui faire imposer. Elle aurait pu raisonnablement conclure le contraire, mais elle n'était pas, en droit, tenue de le faire.

[41] Le ministère public fait valoir que la juge du procès a commis une erreur de droit en l'obligeant formellement à déterminer où se trouvaient les fonds dont M. Topp s'était frauduleusement emparé. Cet argument n'est pas fondé. En effet, il ressort clairement de la transcription de l'audience sur la détermination de la peine que la juge du procès n'a pas imposé un tel fardeau au ministère public :

[TRADUCTION]

LE TRIBUNAL : . . . Aucune explication n'a été fournie quant à savoir où -- comment les fonds ont été dépensés. Vous ne pouvez donc pas soutenir que l'intéressé ne menait pas une vie fastueuse. Tout ce que vous pouvez prétendre, c'est que le ministère public a été incapable d'en retrouver la trace, ce qui ne peut que démontrer la capacité d'un individu de les dissimuler.

L'AVOCAT DE LA DÉFENSE : . . . l'avocat précédent de M. Topp a donné carte blanche aux autorités gouvernementales pour qu'elles cherchent là où bon leur semble. Il aurait signé n'importe quel document à cet effet. . .

LE TRIBUNAL : Mais il ne leur revient pas de le faire. Ce ne sont pas elles qui ont les fonds en leur possession. Qui est mieux à même d'expliquer ce qu'il est advenu des fonds si ce n'est la personne qui les a reçus? On pourrait donc faire valoir qu'il ne va pas de soi qu'ils ont ainsi été dépensés, mais je ne pense pas que vous puissiez soutenir qu'en fait ils n'ont pas été ainsi dépensés. [d.a., p. 217-218]

Contrary to the Crown's submission, the trial judge thus recognized that the Crown was not required to locate the missing funds. She committed no error of law in this regard.

[42] Nor did the trial judge commit a reviewable error in deciding not to impose a fine. She was simply not satisfied, as required by s. 734(2), that Mr. Topp was able to pay. This conclusion was open to her, as a matter of law, on the facts as she found them. On the evidence and information before her, the judge was not bound to infer, on the balance of probabilities, that Mr. Topp was able to pay the fine sought by the Crown. Seven years had passed between Mr. Topp's acquisition of the fraudulently obtained funds and the hearing on sentence. Mr. Topp was by then 64 years old, had lost his licence to work as a customs broker, was unlikely to find future employment, and had "few tangible assets" (A.R., at p. 32).

[43] Another judge, I repeat, could certainly have decided otherwise, but I agree with the Court of Appeal that Judge Baltman committed no reviewable error in deciding as she did.

VI

[44] For all of these reasons, as stated at the outset, I would dismiss the appeal.

Appeal dismissed.

Solicitor for the appellant: Public Prosecution Service of Canada, Toronto.

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

Solicitors appointed by the Court as amicus curiae: Schreck Presser, Toronto.

Contrairement à ce qu'avance le ministère public, la juge du procès a donc reconnu que ce dernier n'était pas tenu de déterminer où se trouvaient les fonds manquants. Elle n'a pas commis d'erreur de droit à cet égard.

[42] La juge du procès n'a pas non plus commis d'erreur susceptible de révision en décidant de ne pas imposer d'amende. Elle n'était tout simplement pas convaincue, comme l'exige le par. 734(2), que M. Topp aurait été en mesure de la payer. Elle pouvait, en droit, tirer une telle conclusion sur la base de sa propre appréciation des faits. Compte tenu de la preuve et des renseignements dont elle disposait, la juge du procès n'était pas tenue d'inférer, suivant la prépondérance des probabilités, que M. Topp était en mesure de payer l'amende que le ministère public cherchait à lui faire imposer. En effet, sept années s'étaient écoulées entre le moment où M. Topp avait acquis les fonds obtenus frauduleusement et l'audience sur la détermination de la peine. Lorsque cette audience a eu lieu, M. Topp avait 64 ans, il avait perdu son permis de courtier en douane, il avait peu de perspectives d'emploi, et il ne possédait que [TRADUCTION] « peu de biens matériels » (d.a., p. 32).

[43] Un autre juge, je le répète, aurait certainement pu en décider autrement, mais je suis d'accord avec la Cour d'appel que la décision de la juge Baltman n'est pas entachée d'une erreur qui justifierait notre intervention.

VI

[44] Pour tous ces motifs, comme je l'ai dit au début, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Pourvoi rejeté.

Procureur de l'appelante : Service des poursuites pénales du Canada, Toronto.

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

Procureurs nommés par la Cour en qualité d'amicus curiae : Schreck Presser, Toronto.

Attorney General of Canada and Minister of Health for Canada *Appellants/Respondents on cross-appeal*

v.

PHS Community Services Society, Dean Edward Wilson, Shelly Tomic and Attorney General of British Columbia *Respondents*

and

Vancouver Area Network of Drug Users (VANDU) *Respondent/Appellant on cross-appeal*

and

Attorney General of Quebec, Dr. Peter AIDS Foundation, Vancouver Coastal Health Authority, Canadian Civil Liberties Association, Canadian HIV/AIDS Legal Network, International Harm Reduction Association, CACTUS Montréal, Canadian Nurses Association, Registered Nurses' Association of Ontario, Association of Registered Nurses of British Columbia, Canadian Public Health Association, Canadian Medical Association, British Columbia Civil Liberties Association, British Columbia Nurses' Union and REAL Women of Canada *Intervenors*

INDEXED AS: CANADA (ATTORNEY GENERAL) v. PHS COMMUNITY SERVICES SOCIETY

2011 SCC 44

File No.: 33556.

2011: May 12; 2011: September 30.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Procureur général du Canada et ministre de la Santé du Canada *Appellants/Intimés au pourvoi incident*

c.

PHS Community Services Society, Dean Edward Wilson, Shelly Tomic et Procureur général de la Colombie-Britannique *Intimés*

et

Vancouver Area Network of Drug Users (VANDU) *Intimé/Appelant au pourvoi incident*

et

Procureur général du Québec, Dr. Peter AIDS Foundation, Vancouver Coastal Health Authority, Association canadienne des libertés civiles, Réseau juridique canadien VIH/sida, International Harm Reduction Association, CACTUS Montréal, Association des infirmières et infirmiers du Canada, Association des infirmières et infirmiers autorisés de l'Ontario, Association of Registered Nurses of British Columbia, Association canadienne de santé publique, Association médicale canadienne, Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique, British Columbia Nurses' Union et REAL Women of Canada *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) c. PHS COMMUNITY SERVICES SOCIETY

2011 CSC 44

N° du greffe : 33556.

2011 : 12 mai; 2011 : 30 septembre.

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

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

Constitutional law — Division of powers — Criminal law — Safe injection site — Sections 4(1) and 5(1) of Controlled Drugs and Substances Act (“CDSA”) prohibiting possession and trafficking of illegal drugs subject to exemption from federal Minister of Health — Clinic operating safe injection site pursuant to ministerial exemption granted under s. 56 of Act — Minister subsequently revoking exemption — Whether division of powers exempts clinic as health facility from application of CDSA as exercise of federal jurisdiction over criminal law — Controlled Drugs and Substances Act, S.C. 1996, c. 19, ss. 4(1), 5(1), 56 — Constitution Act, 1867, ss. 91(27), 92(7), 92(13), 92(16).

Constitutional law — Charter of Rights — Right to life, liberty and security of the person — Safe injection site — Sections 4(1) and 5(1) of Controlled Drugs and Substances Act prohibiting possession and trafficking of illegal drugs subject to exemption from federal Minister of Health — Clinic operating safe injection site pursuant to ministerial exemption granted under s. 56 of Act — Minister subsequently revoking exemption — Whether ss. 4(1) and 5(1) of Act contravene claimants’ rights to life, liberty and security of the person — Whether decision of Minister to revoke accords with principles of fundamental justice — Controlled Drugs and Substances Act, S.C. 1996, c. 19, ss. 4(1), 5(1), 56 — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7.

Constitutional law — Charter of Rights — Remedies — Safe injection site — Sections 4(1) and 5(1) of Controlled Drugs and Substances Act prohibiting possession and trafficking of illegal drugs subject to exemption from federal Minister of Health granted under s. 56 of Act — Clinic operating safe injection site pursuant to ministerial exemption — Minister subsequently revoking exemption — Appropriate remedy — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 24(1).

In the early 1990s, injection drug use reached crisis levels in Vancouver’s downtown eastside (“DTES”). Epidemics of HIV/AIDS and hepatitis C soon followed, and a public health emergency was declared in the DTES in September 1997. Health authorities recognized that creative solutions would be required to address the needs of the population of the DTES, a marginalized

Droit constitutionnel — Partage des compétences — Droit criminel — Centre d’injection supervisée — Articles 4(1) et 5(1) de la Loi réglementant certaines drogues et autres substances (« Loi ») interdisant la possession et le trafic de drogues illégales sous réserve d’une exemption accordée par le ministre fédéral de la Santé — Clinique gérant un centre d’injection supervisée grâce à une exemption ministérielle obtenue en vertu de l’art. 56 de la Loi — Révocation subséquente de l’exemption par le ministre — Compte tenu du partage des compétences, la clinique est-elle, à titre d’établissement de santé, exemptée de l’application de la Loi adoptée dans l’exercice de la compétence fédérale en matière criminelle? — Loi réglementant certaines drogues et autres substances, L.C. 1996, ch. 19, art. 4(1), 5(1), 56 — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(27), 92(7), 92(13), 92(16).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne — Centre d’injection supervisée — Articles 4(1) et 5(1) de la Loi réglementant certaines drogues et autres substances interdisant la possession et le trafic de drogues illégales sous réserve d’une exemption accordée par le ministre fédéral de la Santé — Clinique gérant un centre d’injection supervisée grâce à une exemption ministérielle obtenue en vertu de l’art. 56 de la Loi — Révocation subséquente de l’exemption par le ministre — Les articles 4(1) et 5(1) de la Loi enfreignent-ils les droits à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne? — La révocation de l’exemption par le ministre est-elle conforme aux principes de justice fondamentale? — Loi réglementant certaines drogues et autres substances, L.C. 1996, ch. 19, art. 4(1), 5(1), 56 — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Réparations — Centre d’injection supervisée — Articles 4(1) et 5(1) de la Loi réglementant certaines drogues et autres substances interdisant la possession et le trafic de drogues illégales sous réserve d’une exemption accordée par le ministre fédéral de la Santé en vertu de l’art. 56 de la Loi — Clinique gérant un centre d’injection supervisée grâce à une exemption ministérielle — Révocation subséquente de l’exemption par le ministre — Réparation convenable — Charte canadienne des droits et libertés, art. 24(1).

Au début des années 90, la consommation de drogues injectables a atteint un point critique dans le quartier Downtown Eastside (« DTES ») de Vancouver. Une épidémie de VIH/sida et d’hépatite C a suivi peu après et un état d’urgence en santé publique a été déclaré en septembre 1997. Les organismes de santé ont reconnu la nécessité de trouver des solutions novatrices pour

population with complex mental, physical, and emotional health issues. After years of research, planning, and intergovernmental cooperation, the authorities proposed a scheme of care for drug users that would assist them at all points in the treatment of their disease, not simply when they quit drugs for good. The proposed plan included supervised drug consumption facilities which, though controversial in North America, have been used with success to address health issues associated with injection drug use in Europe and Australia.

Operating a supervised injection site required an exemption from the prohibitions of possession and trafficking of controlled substances under s. 56 of the *CDSA*, which provides for exemption at the discretion of the Minister of Health, for medical and scientific purposes. Insite received a conditional exemption in September 2003, and opened its doors days later. North America's first government-sanctioned safe injection facility, it has operated constantly since then. It is a strictly regulated health facility, and its personnel are guided by strict policies and procedures. It does not provide drugs to its clients, who must check in, sign a waiver, and are closely monitored during and after injection. Its clients are provided with health care information, counselling, and referrals to various service providers or an on-site, on demand detox centre. The experiment has proven successful. Insite has saved lives and improved health without increasing the incidence of drug use and crime in the surrounding area. It is supported by the Vancouver police, the city and provincial governments.

In 2008, a formal application for a new exemption was made before the initial one expired. The Minister had granted temporary extensions in 2006 and 2007, but he indicated that he had decided to deny the application. When the expiry of the extensions loomed, this action was started in an effort to keep Insite open.

The trial judge found that the application of ss. 4(1) and 5(1) of the *CDSA* violated the claimants' rights under s. 7 of the *Charter*. He granted Insite a constitutional exemption, permitting it to continue to operate free from federal drug laws. The Court of Appeal

répondre aux besoins de la population du quartier DTES, une population marginalisée souffrant de problèmes complexes de santé mentale, physique et émotionnelle. Après plusieurs années de recherche, de planification et de collaboration intergouvernementale, les autorités ont proposé un programme de soins aux toxicomanes qui les aiderait à chaque étape du traitement de leur maladie, et non simplement à l'étape ultime où ils renoncent définitivement aux drogues. Ces propositions incluaient des installations de consommation supervisée qui, bien que controversées en Amérique du Nord, se sont avérées utiles dans le traitement des problèmes de santé liés à la consommation de drogues injectables en Europe et en Australie.

Un centre d'injection supervisée ne pouvait fonctionner sans obtenir une exemption le soustrayant aux interdictions de possession et de trafic de substances désignées en vertu de l'art. 56 de la *Loi*, qui confère au ministre de la Santé le pouvoir discrétionnaire d'accorder une exemption pour des raisons scientifiques ou médicales. Insite a obtenu une exemption conditionnelle en septembre 2003 et a ouvert ses portes quelques jours plus tard. Ce premier centre d'injection supervisée approuvé par un gouvernement en Amérique du Nord fonctionne depuis de façon continue. Il s'agit d'un établissement de santé soumis à des règles strictes, dont le personnel est assujéti à des politiques et procédures rigoureuses. Il ne fournit aucune drogue à ses clients, qui sont tenus de s'inscrire et de signer une renonciation et sont suivis de près pendant et après l'injection. Il renseigne ses clients sur les soins de santé, leur offre du counseling et les oriente vers différents services ou vers un centre de désintoxication sur demande situé sur les lieux. Cette expérience a réussi. Insite a sauvé des vies et a eu un effet bénéfique sur la santé, sans provoquer une hausse des méfaits liés à la consommation de drogues et de la criminalité dans les environs. Il reçoit l'appui de la police de Vancouver, ainsi que des gouvernements municipal et provincial.

En 2008, une nouvelle exemption a été demandée officiellement avant l'expiration de l'exemption initiale. Le ministre avait accordé deux prolongations temporaires de l'exemption en 2006 et 2007, mais il a indiqué qu'il avait décidé de rejeter la demande. Lorsque l'expiration de ces prolongations est devenue imminente, l'action à l'origine du pourvoi a été intentée en vue de sauver Insite.

Le juge de première instance a conclu que l'application des par. 4(1) et 5(1) de la *Loi* portait atteinte aux droits des plaignants protégés par l'art. 7 de la *Charte*. Il a accordé à Insite une exemption constitutionnelle le soustrayant à l'application des lois fédérales antidrogue

dismissed the appeal and held that the doctrine of inter-jurisdictional immunity applied.

Held: The appeal and the cross-appeal are dismissed. The Minister of Health is ordered to grant an exemption to Insite under s. 56 of the *CDSA* forthwith.

The criminal prohibitions on possession and trafficking in the *CDSA* are constitutionally valid and applicable to Insite under the division of powers. First, the impugned provisions of the *CDSA* are, in pith and substance, valid exercises of the federal criminal law power. The fact that they have the incidental effect of regulating provincial health institutions does not mean that they are constitutionally invalid. Second, provincial programmes designed to advance the public interest are not, by virtue of their public interest status, exempt from the operation of criminal laws unless the law is expressly or impliedly so limited. The *CDSA* does not contain such a limit. Third, the doctrine of interjurisdictional immunity does not apply. Decisions about what treatment may be offered in provincial health facilities do not constitute a protected core of the provincial power over health care and are not, therefore, immune from federal interference. In addition, the doctrine of interjurisdictional immunity is narrow, and its premise of fixed watertight cores is in tension with the evolution of Canadian constitutional interpretation towards the more flexible concepts of double aspect and cooperative federalism. To apply it here would disturb settled competencies and introduce uncertainties for new ones. Finally, as it is common ground that, absent a constitutional immunity, the federal law constrains operations at Insite and trumps any provincial legislation or policies that conflict with it, it is unnecessary to inquire into whether the doctrine of paramouncy applies.

The claimants' lack of success on the division of powers issue does not doom their claim that the law deprives them of a s. 7 *Charter* right. There is no conflict between saying that a federal law is validly adopted under s. 91 of the *Constitution Act, 1867*, and that the same law, in purpose of effect, deprives individuals of rights guaranteed by the *Charter*.

Section 4(1) of the *CDSA* engages the s. 7 *Charter* rights of the individual claimants and others like them,

pour lui permettre de poursuivre ses activités. La Cour d'appel a rejeté l'appel et statué que la doctrine de l'exclusivité des compétences trouvait application.

Arrêt : Le pourvoi et le pourvoi incident sont rejetés. Il est ordonné au ministre de la Santé d'accorder sur-le-champ à Insite l'exemption prévue à l'art. 56 de la *Loi*.

Les interdictions criminelles de possession et de trafic établies par la *Loi* sont valides sur le plan constitutionnel et, du point de vue du partage des compétences, elles sont applicables à Insite. Premièrement, compte tenu de leur caractère véritable, les dispositions contestées de la *Loi* constituent un exercice valide de la compétence fédérale en matière criminelle. Le fait qu'elles ont pour effet accessoire de réglementer des établissements de santé provinciaux n'en emporte pas l'inconstitutionnalité. Deuxièmement, les programmes provinciaux conçus dans l'intérêt public ne sont pas, de ce fait, soustraits à l'application d'une loi en matière criminelle, à moins que celle-ci ne contienne expressément ou implicitement pareille limite. La *Loi* n'en contient pas. Troisièmement, la doctrine de l'exclusivité des compétences ne trouve pas application. Les décisions relatives aux traitements offerts par des établissements de santé provinciaux ne font pas partie du contenu essentiel protégé du pouvoir conféré aux provinces en matière de santé et ne sont donc pas à l'abri d'une ingérence fédérale. De plus, la doctrine de l'exclusivité des compétences a une portée limitée, et le principe des compartiments étanches fixes sur lequel elle repose va à contre-courant de l'évolution de l'interprétation constitutionnelle canadienne, qui tend vers les notions plus souples du double aspect et du fédéralisme coopératif. L'appliquer en l'espèce perturberait les compétences bien établies et créerait de l'incertitude quant aux nouvelles. Enfin, comme il est admis que, sans immunité constitutionnelle, les activités d'Insite sont assujetties à la loi fédérale et celle-ci a préséance sur la législation et les politiques provinciales incompatibles, il n'est pas nécessaire de déterminer si la doctrine de la prépondérance s'applique.

Le rejet de l'argumentation des demandeurs fondée sur le partage des compétences ne compromet pas l'issue de leur allégation que la *Loi* porte atteinte à leurs droits garantis par l'art. 7 de la *Charte*. Il n'y a aucune contradiction entre affirmer qu'une loi fédérale a été validement adoptée en vertu de l'art. 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867* et prétendre que cette même loi, par son objet ou ses effets, prive des personnes de leurs droits garantis par la *Charte*.

Bien que le par. 4(1) de la *Loi* mette en jeu les droits que l'art. 7 de la *Charte* garantit aux demandeurs et aux

but, because the Minister has the power to grant exemptions from s. 4(1), it does so in accordance with the principles of fundamental justice. Section 4(1) directly engages the liberty interests of the health professionals who provide the supervised services at Insite because of the availability of a penalty of imprisonment in ss. 4(3) to 4(6) of the *CDSA*. It also directly engages the rights to life, liberty and security of the person of the clients of Insite. In order to make use of the lifesaving and health-protecting services offered at Insite, clients must be allowed to be in possession of drugs on the premises. Prohibiting possession at large engages drug users' liberty interests; prohibiting possession at Insite engages their rights to life and to security of the person. However, because s. 56 gives the Minister a broad discretion to grant exemptions from the application of the *CDSA* if, "in the opinion of the Minister, the exemption is necessary for a medical or scientific purpose or is otherwise in the public interest", s. 4(1) does not violate s. 7. The exemption acts as a safety valve that prevents the *CDSA* from applying where it would be arbitrary, overbroad or grossly disproportionate in its effects.

On the facts, the prohibition on trafficking in s. 5(1) of the *CDSA* does not constitute a limitation of the claimants' s. 7 rights because trafficking charges would not apply to the activities of Insite staff.

The discretion vested in the Minister of Health is not absolute: as with all exercises of discretion, the Minister's decisions must conform to the *Charter*. If the Minister's decision results in an application of the *CDSA* that limits the s. 7 rights of individuals in a manner that is not in accordance with the *Charter*, then the Minister's discretion has been exercised unconstitutionally. In the special circumstances of this case, the Court should go on to consider whether the Minister's decision violated the claimants' *Charter* rights. The issue is properly before the Court and justice requires that it be considered.

There is no reason to conclude that the deprivation the claimants would suffer was due to personal choice rather than government action. The ability to make some choices does not negate the trial judge's findings that addiction is a disease in which the central feature is impaired control over the use of the addictive substance. Additionally, the morality of the activity the

autres personnes qui se trouvent dans la même situation, il est conforme aux principes de justice fondamentale, parce que le ministre a le pouvoir d'accorder des exemptions de l'application du par. 4(1). Le paragraphe 4(1) met directement en jeu le droit à la liberté des professionnels de la santé qui offrent les services de supervision aux clients d'Insite compte tenu des peines d'emprisonnement prévues aux par. 4(3) à 4(6) de la *Loi*. Ce paragraphe met également directement en jeu les droits à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne des clients d'Insite. Pour pouvoir bénéficier des services offerts par Insite, qui protègent leur vie et leur santé, les clients doivent être autorisés à posséder des drogues sur place. Interdire la possession en général met en jeu les droits à la liberté des toxicomanes; leur interdire la possession de drogues dans l'enceinte d'Insite met en jeu leurs droits à la vie et à la sécurité de leur personne. Néanmoins, comme l'art. 56 confère au ministre un vaste pouvoir discrétionnaire d'accorder des exemptions de l'application de la *Loi* « [s]'il estime que des raisons médicales, scientifiques ou d'intérêt public le justifient », le par. 4(1) ne contrevient pas à l'art. 7. La possibilité d'accorder des exemptions sert de soupape empêchant l'application de la *Loi* dans les cas où son application serait arbitraire, ses effets exagérément disproportionnés ou sa portée excessive.

Compte tenu des faits, l'interdiction de trafic établie au par. 5(1) de la *Loi* ne restreint pas les droits à la vie et à la sécurité de la personne des demandeurs protégés par l'art. 7, parce qu'aucune accusation de trafic ne pourrait être portée contre le personnel d'Insite qui se livre aux activités du centre.

La discrétion laissée au ministre de la Santé n'est pas absolue : comme c'est toujours le cas de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire, les décisions du ministre doivent respecter la *Charte*. Si la décision du ministre occasionne une application de la *Loi* qui restreint les droits garantis par l'art. 7 d'une manière qui contrevient à la *Charte*, l'exercice du pouvoir discrétionnaire du ministre est inconstitutionnel. Dans les circonstances particulières de l'espèce, la Cour doit déterminer si la décision du ministre a porté atteinte aux droits des demandeurs protégés par la *Charte*. La Cour est dûment saisie de cette question et la justice commande qu'elle l'examine.

Rien ne permet de conclure que l'atteinte aux droits des demandeurs résulte d'un choix personnel et non de la conduite de l'État. La capacité de faire certains choix ne réfute pas les conclusions du juge de première instance selon lesquelles la dépendance est une maladie caractérisée principalement par le manque de contrôle de la personne qui en souffre sur la consommation de

law regulates is irrelevant at the initial stage of determining whether the law engages a s. 7 right. Finally, the issue of illegal drug use and addiction is a complex one which attracts a variety of social, political, scientific and moral reactions. While it is for the relevant governments to make criminal and health policy, when a policy is translated into law or state action, those laws and actions are subject to scrutiny under the *Charter*. The issue is not whether harm reduction or abstinence-based programmes are the best approach to resolving illegal drug use, but whether Canada has limited the rights of the claimants in a manner that does not comply with the *Charter*.

The Minister's failure to grant a s. 56 exemption to Insite engaged the claimants' s. 7 rights and contravened the principles of fundamental justice. The Minister of Health must be regarded as having made a decision whether to grant an exemption, since he considered the application before him and decided not to grant it. The Minister's decision, but for the trial judge's interim order, would have prevented injection drug users from accessing the health services offered by Insite, threatening their health and indeed their lives. It thus engages the claimants' s. 7 interests and constitutes a limit on their s. 7 rights. Based on the information available to the Minister, this limit is not in accordance with the principles of fundamental justice. It is arbitrary regardless of which test for arbitrariness is used because it undermines the very purposes of the *CDSA* — the protection of health and public safety. It is also grossly disproportionate: during its eight years of operation, Insite has been proven to save lives with no discernable negative impact on the public safety and health objectives of Canada. The effect of denying the services of Insite to the population it serves and the correlative increase in the risk of death and disease to injection drug users is grossly disproportionate to any benefit that Canada might derive from presenting a uniform stance on the possession of narcotics.

If a s. 1 analysis were required, a point not argued, no s. 1 justification could succeed. The goals of the *CDSA* are the maintenance and promotion of public health and safety. The Minister's decision to refuse the

la substance dont elle est dépendante. De plus, la moralité de l'activité réglementée n'est pas pertinente au stade initial qui consiste à déterminer si la loi met en jeu un droit garanti par l'art. 7. Enfin, la question de la consommation de drogues illégales et de la dépendance à celles-ci est une question complexe qui suscite diverses réactions sur les plans social, politique, scientifique et moral. Bien que ce soit aux gouvernements compétents, et non à la Cour, qu'il revient d'élaborer des politiques en matière criminelle et en matière de santé, lorsqu'une politique se traduit par une mesure législative ou un acte de l'État, cette mesure législative ou cet acte peut faire l'objet d'un examen fondé sur la *Charte*. Il ne s'agit pas de savoir lesquels des programmes de réduction des méfaits ou de ceux fondés sur l'abstinence constituent le meilleur moyen de résoudre le problème de la consommation de drogues illégales, mais de savoir si le Canada a restreint les droits des demandeurs d'une manière qui contrevient à la *Charte*.

Le refus du ministre d'accorder à Insite l'exemption prévue à l'art. 56 mettait en jeu les droits garantis aux demandeurs par l'art. 7 et ne respectait pas les principes de justice fondamentale. Le ministre de la Santé doit être tenu pour avoir rendu une décision quant à l'octroi d'une exemption, car il a examiné la demande qui lui a été présentée et il a décidé de ne pas l'accorder. N'eût été l'ordonnance intérimaire du juge de première instance, la décision du ministre aurait eu pour effet d'empêcher les consommateurs de drogues injectables d'avoir accès aux services de santé offerts par Insite, ce qui aurait mis leur santé, et en fait leur vie en danger. Elle met donc en jeu et restreint leurs droits garantis par l'art. 7. Compte tenu des renseignements dont disposait le ministre, cette restriction de leurs droits n'est pas conforme aux principes de justice fondamentale. Elle est arbitraire; quel que soit le critère utilisé pour l'apprécier, car elle va à l'encontre des objectifs mêmes de la *Loi*, soit la protection de la santé et de la sécurité publiques. Elle est aussi exagérément disproportionnée : au cours de ses huit années d'activités, il est démontré qu'Insite a sauvé des vies, sans avoir aucune incidence négative observable sur les objectifs du Canada en matière de sécurité et de santé publiques. Le fait de priver la population qu'Insite dessert des services qu'il offre et l'augmentation corrélative du risque de décès et de maladie pour les consommateurs de drogues injectables sont exagérément disproportionnés par rapport aux avantages que le Canada pourrait tirer d'une position uniforme sur la possession de stupéfiants.

S'il était nécessaire de procéder à l'analyse exigée par l'article premier, une question qui n'a pas été plaidée, aucune justification ne pourrait être démontrée. Les objets de la *Loi* sont la protection et la promotion de

exemption bears no relation to these objectives, therefore they cannot justify the infringement of the complainants' s. 7 rights.

As the infringement is ongoing, and the concern is a governmental decision, s. 24(1) allows the court to fashion an appropriate remedy. In the special circumstances of this case, an order in the nature of mandamus is warranted. The Minister is ordered to grant an exemption to Insite under s. 56 of the *CDSA* forthwith. A declaration that the Minister erred in refusing the exemption would be inadequate, given the seriousness of the infringement and the grave consequences that might result from a lapse in Insite's current constitutional exemption, and for various reasons, granting a permanent constitutional exemption would be inappropriate.

On future applications, the Minister must exercise that discretion within the constraints imposed by the law and the *Charter*, aiming to strike the appropriate balance between achieving public health and public safety. In accordance with the *Charter*, the Minister must consider whether denying an exemption would cause deprivations of life and security of the person that are not in accordance with the principles of fundamental justice. Where, as here, a supervised injection site will decrease the risk of death and disease, and there is little or no evidence that it will have a negative impact on public safety, the Minister should generally grant an exemption.

VANDU's cross-appeal, which challenges the application of the prohibition on possession to all addicted persons, lacks an adequate basis in the record.

Cases Cited

Distinguished: *R. v. Parker* (2000), 188 D.L.R. (4th) 385; **referred to:** *Canadian Western Bank v. Alberta*, 2007 SCC 22, [2007] 2 S.C.R. 3; *Global Securities Corp. v. British Columbia (Securities Commission)*, 2000 SCC 21, [2000] 1 S.C.R. 494; *R. v. Malmo-Levine*, 2003 SCC 74, [2003] 3 S.C.R. 571; *Attorney General of Canada v. Law Society of British Columbia*, [1982] 2 S.C.R. 307; *Garland v. Consumers' Gas Co.*, 2004 SCC 25, [2004] 1 S.C.R. 629; *Bell Canada v. Quebec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 S.C.R. 749; *Quebec (Attorney General) v. Canadian Owners and Pilots Association*, 2010 SCC 39, [2010] 2 S.C.R. 536; *Derrickson v. Derrickson*,

la santé et de la sécurité publiques. Le refus du ministre d'accorder l'exemption n'a aucun lien avec ces objectifs, de sorte qu'ils ne peuvent justifier la restriction des droits des demandeurs protégés par l'art. 7.

Étant donné que la violation subsiste toujours et qu'il est question d'une décision de l'État, le par. 24(1) permet au tribunal de concevoir une réparation convenable. Dans les circonstances particulières de l'espèce, une ordonnance de la nature d'un *mandamus* est justifiée. Il est ordonné au ministre d'accorder sur-le-champ à Insite l'exemption prévue à l'art. 56 de la *Loi*. Une réparation qui consisterait à déclarer que le ministre a commis une erreur en refusant l'exemption serait inadéquate, compte tenu de la gravité de la violation et des graves conséquences pouvant découler de l'expiration de l'exemption constitutionnelle dont Insite bénéficie actuellement, et une exemption constitutionnelle permanente n'est pas non plus convenable, pour plusieurs raisons.

Lorsqu'il examinera les demandes d'exemption futures, le ministre devra exercer sa discrétion conformément aux limites imposées par la loi et par la *Charte*, en tentant d'établir un juste équilibre entre les objectifs de santé et de sécurité publiques. Suivant la *Charte*, le ministre doit se demander si le refus d'une exemption porterait atteinte aux droits à la vie et à la sécurité des personnes autrement qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale. Dans les cas où, comme en l'espèce, l'existence d'un site d'injection supervisée diminuera le risque de décès et de maladie et où il n'existe guère, sinon aucune preuve qu'elle aura une incidence négative sur la sécurité publique, le ministre devrait en règle générale accorder une exemption.

Le dossier ne contient pas les éléments voulus pour étayer le pourvoi incident de VANDU, qui conteste l'application de l'interdiction de possession à tous les toxicomanes.

Jurisprudence

Distinction d'avec l'arrêt : *R. c. Parker* (2000), 188 D.L.R. (4th) 385; **arrêts mentionnés :** *Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta*, 2007 CSC 22, [2007] 2 R.C.S. 3; *Global Securities Corp. c. Colombie-Britannique (Securities Commission)*, 2000 CSC 21, [2000] 1 R.C.S. 494; *R. c. Malmo-Levine*, 2003 CSC 74, [2003] 3 R.C.S. 571; *Procureur général du Canada c. Law Society of British Columbia*, [1982] 2 R.C.S. 307; *Garland c. Consumers' Gas Co.*, 2004 CSC 25, [2004] 1 R.C.S. 629; *Bell Canada c. Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 R.C.S. 749; *Québec (Procureur général) c. Canadian Owners and Pilots Association*, 2010 CSC 39, [2010] 2 R.C.S.

[1986] 1 S.C.R. 285; *Natural Parents v. Superintendent of Child Welfare*, [1976] 2 S.C.R. 751; *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30; *Morgentaler v. The Queen*, [1976] 1 S.C.R. 616; *R. v. Morgentaler*, [1993] 3 S.C.R. 463; *New Brunswick Broadcasting Co. v. Nova Scotia (Speaker of the House of Assembly)*, [1993] 1 S.C.R. 319; *Chaoulli v. Québec (Attorney General)*, 2005 SCC 35, [2005] 1 S.C.R. 791; *Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R. 519; *R. v. York*, 2005 BCCA 74, 193 C.C.C. (3d) 331; *R. v. Spooner* (1954), 109 C.C.C. 57; *R. v. Hess (No. 1)* (1948), 94 C.C.C. 48; *R. v. Ormerod*, [1969] 4 C.C.C. 3; *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 SCC 1, [2002] 1 S.C.R. 3; *Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education)*, 2003 SCC 62, [2003] 3 S.C.R. 3; *R. v. 974649 Ontario Inc.*, 2001 SCC 81, [2001] 3 S.C.R. 575; *R. v. Ferguson*, 2008 SCC 6, [2008] 1 S.C.R. 96.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 24(1).
Constitution Act, 1867, ss. 91(27), 92(7), (13), (16).
Constitution Act, 1982, s. 52.
Controlled Drugs and Substances Act, S.C. 1996, c. 19, ss. 4(1), (3) to (6), 5(1), 10(1), 55, 56.
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 4(3).

Authors Cited

Canada. Health Canada. *Vancouver's INSITE service and other Supervised injection sites: What has been learned from research? — Final report of the Expert Advisory Committee*, March 31, 2008 (online: http://www.hc-sc.gc.ca/ahc-asc/pubs/_sites-lieux/insite/index-eng.php).

Canada. House of Commons. *Evidence of the Standing Committee on Health*, No. 032, 2nd Sess., 39th Parl., May 29, 2008 (online: <http://www.parl.gc.ca/HousePublications/Publication.aspx?DocId=3529880&Language=E&Mode=1&Parl=39&Ses=2>).

APPEAL and CROSS-APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Rowles, Huddart and D. Smith J.J.A.), 2010 BCCA 15, 100 B.C.L.R. (4th) 269, 314 D.L.R. (4th) 209, 250 C.C.C. (3d) 443, 207 C.R.R. (2d) 232, [2010] 2 W.W.R. 575, 281 B.C.A.C. 161, 475 W.A.C. 161, [2010] B.C.J. No. 57 (QL), 2010 CarswellBC 50, affirming the decisions of Pitfield J., 2008 BCSC 661, 85 B.C.L.R. (4th) 89, 293 D.L.R. (4th) 392, 173 C.R.R. (2d) 82, [2009] 3 W.W.R. 450, [2008] B.C.J. No. 951 (QL), 2008 CarswellBC 1043, and 2008

536; *Derrickson c. Derrickson*, [1986] 1 R.C.S. 285; *Parents naturels c. Superintendent of Child Welfare*, [1976] 2 R.C.S. 751; *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30; *Morgentaler c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 616; *R. c. Morgentaler*, [1993] 3 R.C.S. 463; *New Brunswick Broadcasting Co. c. Nouvelle-Écosse (Président de l'Assemblée législative)*, [1993] 1 R.C.S. 319; *Chaoulli c. Québec (Procureur général)*, 2005 CSC 35, [2005] 1 R.C.S. 791; *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519; *R. c. York*, 2005 BCCA 74, 193 C.C.C. (3d) 331; *R. c. Spooner* (1954), 109 C.C.C. 57; *R. c. Hess (No. 1)* (1948), 94 C.C.C. 48; *R. c. Ormerod*, [1969] 4 C.C.C. 3; *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CSC 1, [2002] 1 R.C.S. 3; *Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation)*, 2003 CSC 62, [2003] 3 R.C.S. 3; *R. c. 974649 Ontario Inc.*, 2001 CSC 81, [2001] 3 R.C.S. 575; *R. c. Ferguson*, 2008 CSC 6, [2008] 1 R.C.S. 96.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 24(1).
Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 4(3).
Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(27), 92(7), (13), (16).
Loi constitutionnelle de 1982, art. 52.
Loi réglementant certaines drogues et autres substances, L.C. 1996, ch. 19, art. 4(1), (3) à (6), 5(1), 10(1), 55, 56.

Doctrine citée

Canada. Chambre des communes. *Témoignages du Comité permanent de la santé*, n° 032, 2^e sess., 39^e lég., 29 mai 2008 (en ligne : <http://www.parl.gc.ca/HousePublications/Publication.aspx?DocId=3529880&Mode=1&Parl=39&Ses=2&Language=F>).

Canada. Santé Canada. *INSITE de Vancouver et autres sites d'injection supervisés : Observations tirées de la recherche — Rapport final du Comité consultatif d'experts sur la recherche sur les sites d'injection supervisés*, 1^{er} mars 2008 (en ligne : http://www.hc-sc.gc.ca/ahc-asc/pubs/_sites-lieux/insite/index-fra.php).

POURVOI et POURVOI INCIDENT contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (les juges Rowles, Huddart et D. Smith), 2010 BCCA 15, 100 B.C.L.R. (4th) 269, 314 D.L.R. (4th) 209, 250 C.C.C. (3d) 443, 207 C.R.R. (2d) 232, [2010] 2 W.W.R. 575, 281 B.C.A.C. 161, 475 W.A.C. 161, [2010] B.C.J. No. 57 (QL), 2010 CarswellBC 50, qui a confirmé les décisions du juge Pitfield, 2008 BCSC 661, 85 B.C.L.R. (4th) 89, 293 D.L.R. (4th) 392, 173 C.R.R. (2d) 82, [2009] 3 W.W.R. 450, [2008] B.C.J. No. 951 (QL), 2008 CarswellBC

BCSC 1453, 91 B.C.L.R. (4th) 389, 302 D.L.R. (4th) 740, [2009] 3 W.W.R. 494, [2008] B.C.J. No. 2057 (QL), 2008 CarswellBC 2300. Appeal and cross-appeal dismissed.

Robert J. Frater and W. Paul Riley, for the appellants/respondents on cross-appeal.

Joseph J. Arvay, Q.C., Monique Pongracic-Speier, Scott E. Bernstein and Jeffrey W. Beedell, for the respondents PHS Community Services Society, Dean Edward Wilson and Shelly Tomic.

Craig E. Jones and Karrie Wolfe, for the respondent the Attorney General of British Columbia.

John W. Conroy, Q.C., and Stephen J. Mulhall, Q.C., for the respondent/appellant on cross-appeal.

Hugo Jean, for the intervener the Attorney General of Quebec.

Andrew I. Nathanson and Brook Greenberg, for the intervener the Dr. Peter AIDS Foundation.

Sheila M. Tucker, for the intervener the Vancouver Coastal Health Authority.

Paul F. Monahan and Antonio Di Domenico, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

Michael A. Feder, Angela M. Juba and Louis Letellier de St-Just, for the interveners the Canadian HIV/AIDS Legal Network, International Harm Reduction Association and CACTUS Montréal.

Rahool P. Agarwal, John M. Picone and Michael Kotrly, for the interveners the Canadian Nurses Association, the Registered Nurses' Association of Ontario and the Association of Registered Nurses of British Columbia.

Owen M. Rees and Fredrick Schumann, for the intervener the Canadian Public Health Association.

Guy J. Pratte, Nadia Effendi and Jean Nelson, for the intervener the Canadian Medical Association.

1043, et 2008 BCSC 1453, 91 B.C.L.R. (4th) 389, 302 D.L.R. (4th) 740, [2009] 3 W.W.R. 494, [2008] B.C.J. No. 2057 (QL), 2008 CarswellBC 2300. Pourvoi et pourvoi incident rejetés.

Robert J. Frater et W. Paul Riley, pour les appelants/intimés au pourvoi incident.

Joseph J. Arvay, c.r., Monique Pongracic-Speier, Scott E. Bernstein et Jeffrey W. Beedell, pour les intimés PHS Community Services Society, Dean Edward Wilson et Shelly Tomic.

Craig E. Jones et Karrie Wolfe, pour l'intimé le procureur général de la Colombie-Britannique.

John W. Conroy, c.r., et Stephen J. Mulhall, c.r., pour l'intimé/appelant au pourvoi incident.

Hugo Jean, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

Andrew I. Nathanson et Brook Greenberg, pour l'intervenante Dr. Peter AIDS Foundation.

Sheila M. Tucker, pour l'intervenante Vancouver Coastal Health Authority.

Paul F. Monahan et Antonio Di Domenico, pour l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles.

Michael A. Feder, Angela M. Juba et Louis Letellier de St-Just, pour les intervenants le Réseau juridique canadien VIH/sida, International Harm Reduction Association et CACTUS Montréal.

Rahool P. Agarwal, John M. Picone et Michael Kotrly, pour les intervenantes l'Association des infirmières et infirmiers du Canada, l'Association des infirmières et infirmiers autorisés de l'Ontario et Association of Registered Nurses of British Columbia.

Owen M. Rees et Fredrick Schumann, pour l'intervenante l'Association canadienne de santé publique.

Guy J. Pratte, Nadia Effendi et Jean Nelson, pour l'intervenante l'Association médicale canadienne.

Ryan D. W. Dalziel and Thomas J. Moran, for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association.

Marjorie Brown, for the intervener the British Columbia Nurses' Union.

Michael A. Chambers, for the intervener REAL Women of Canada.

The judgment of the Court was delivered by

[1] THE CHIEF JUSTICE — Since 2003, the Insite safe injection facility has provided medical services to intravenous drug users in the Downtown Eastside of Vancouver (“DTES”). Local, provincial and federal authorities came together to create a legal framework for a safe injection facility in which clients could inject drugs under medical supervision without fear of arrest and prosecution. Insite was widely hailed as an effective response to the catastrophic spread of infectious diseases such as HIV/AIDS and hepatitis C, and the high rate of deaths from drug overdoses in the DTES.

[2] In 2008, the federal government failed to extend Insite’s exemption from the operation of criminal laws in the *Controlled Drugs and Substances Act*, S.C. 1996, c. 19 (“CDSA”). Faced with the threat that Insite would have to stop offering services, the claimants brought an action for declarations that the CDSA is inapplicable to Insite and that its application to Insite resulted in a violation of the claimants’ s. 7 rights under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, or, in the alternative, that the federal Minister of Health, in refusing to grant an extension of Insite’s exemption, had violated the claimants’ s. 7 rights.

[3] The question in this appeal is whether Insite is exempt from the federal criminal laws that prohibit the possession and trafficking of controlled substances, either because Insite is a health facility

Ryan D. W. Dalziel et Thomas J. Moran, pour l’intervenante l’Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique.

Marjorie Brown, pour l’intervenante British Columbia Nurses’ Union.

Michael A. Chambers, pour l’intervenante REAL Women of Canada.

Version française du jugement de la Cour rendu par

[1] LA JUGE EN CHEF — Depuis 2003, le centre d’injection supervisée Insite offre des services médicaux aux consommateurs de drogues intraveineuses dans le quartier Downtown Eastside (« DTES ») de Vancouver. Les administrations locale, provinciale et fédérale se sont unies pour établir les balises juridiques d’un centre sécuritaire où les clients pourraient s’injecter des drogues sous la supervision de professionnels de la santé sans craindre d’être arrêtés et poursuivis. Nombreux sont ceux qui ont applaudi à cette initiative, dont ils croyaient en l’efficacité pour endiguer la propagation catastrophique de maladies infectieuses comme le VIH/sida et l’hépatite C et réduire le taux élevé de mortalité par surdose dans le quartier DTES.

[2] En 2008, le gouvernement fédéral a refusé de reconduire l’exemption qui soustrayait Insite à l’application des dispositions criminelles de la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances*, L.C. 1996, ch. 19 (« Loi »). Devant la possibilité qu’Insite doive fermer boutique, les demandeurs ont intenté une action dans le but d’obtenir un jugement déclaratoire statuant que la *Loi* est inapplicable à Insite et que son application à Insite viole les droits que leur garantit l’art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* ou, subsidiairement, que le refus du ministre de la Santé de reconduire l’exemption a porté atteinte à leurs droits protégés par l’art. 7.

[3] La question soulevée dans le présent pourvoi est de savoir si Insite échappe à l’application des lois fédérales en matière criminelle qui interdisent la possession et le trafic de substances

within the exclusive jurisdiction of the Province, or because the application of the criminal law would violate the *Charter*. For the reasons that follow, we conclude that the *CDSA* is applicable to Insite, and that the scheme of the *CDSA* conforms to the *Charter*. However, the actions of the federal Minister of Health in refusing to extend Insite's exemption under s. 56 of the *CDSA* are in violation of s. 7 of the *Charter*, and cannot be justified under s. 1. Accordingly, we order the Minister to grant Insite an extended exemption, and dismiss the appeal.

I. Introduction and Background

[4] The DTES is home to some of the poorest and most vulnerable people in Canada. Its population includes 4,600 intravenous drug users, which is almost half of the intravenous drug users in the city as a whole. This number belies the size of the DTES. It is in fact a very small area, stretching for a few blocks in each direction from its heart at the intersection of Main and Hastings.

[5] There is no single reason for the concentration of intravenous drug users in this urban neighbourhood. Contributing factors include the presence of several single room occupancy hotels, the de-institutionalization of the mentally ill, the effect of drug enforcement policies over the years, and the availability of illicit narcotics at street level.

[6] The injection drug use problem of the DTES is not hidden. At any given time of day drug transactions can be witnessed in the open air on the very steps of the historic Carnegie Community Centre at Main and Hastings. In alleys steps away, addicts tie rubber bands around their arms to find veins in which to inject heroin and cocaine, or smoke crack from glass pipes.

[7] The residents of the DTES who are intravenous drug users have diverse origins and personal

désignées, soit parce qu'il s'agit d'un établissement de santé ressortissant à la compétence exclusive de la province, soit parce que l'application de ces lois enfreindrait la *Charte*. Pour les motifs qui suivent, nous concluons que la *Loi* est applicable à Insite et que le régime qu'elle établit est conforme à la *Charte*. Toutefois, le refus du ministre de la Santé du Canada de reconduire l'exemption prévue à l'art. 56 de la *Loi* enfreint l'art. 7 de la *Charte* et ne peut se justifier au sens de l'article premier. En conséquence, nous ordonnons au ministre de reconduire l'exemption d'Insite et nous rejetons l'appel.

I. Introduction et contexte

[4] Le quartier DTES de Vancouver abrite des personnes parmi les plus démunies et les plus vulnérables au pays. Il compte 4 600 consommateurs de drogues intraveineuses, soit près de la moitié de tous les consommateurs de drogues intraveineuses de la ville. Cette proportion n'a aucune commune mesure avec la taille réelle du quartier, un très petit secteur qui ne compte que quelques pâtés de maisons dans chaque direction à partir de l'intersection des rues Main et Hastings.

[5] La concentration de consommateurs de drogues intraveineuses dans ce secteur de la ville est due à plus d'un facteur, dont la présence de plusieurs maisons de chambres, la désinstitutionnalisation des personnes atteintes de maladie mentale, l'effet des politiques antidrogue appliquées au cours des ans et la disponibilité de stupéfiants illécites dans la rue.

[6] Dans le quartier DTES, le problème de la consommation de drogues injectables s'étale au grand jour. À n'importe quelle heure, on peut assister à des achats de drogue sur le parvis même du Carnegie Community Centre, un édifice historique situé à l'angle des rues Main et Hastings. À quelques pas de là, dans des ruelles, des toxicomanes se font un garrot pour trouver une veine dans laquelle s'injecter de l'héroïne et de la cocaïne, ou encore fument du crack dans des pipes de verre.

[7] Les résidents du quartier DTES qui consomment des drogues intraveineuses sont d'origines

histories, yet familiar themes emerge. Many have histories of physical and sexual abuse as children, family histories of drug abuse, early exposure to serious drug use, and mental illness. Many injection drug users in the DTES have been addicted to heroin for decades, and have been in and out of treatment programmes for years. Many use multiple substances, and suffer from alcoholism. Some engage in street-level survival sex work in order to support their addictions. It should be clear from the above that these people are not engaged in recreational drug use: they are addicted. Injection drug use is both an effect and a cause of a life that is a struggle on a day to day basis.

[8] While some affordable housing is available in the DTES, living conditions there would shock many Canadians. The DTES is one of the few places where Vancouver's poorest people, crippled by disability and addiction, can afford to live. Twenty percent of its population is homeless. Of those who are not homeless, many live in squalid conditions in single-room occupancy hotels. Residents of single-room occupancy hotels live with little in the way of security, privacy or hygienic facilities. The residents of one building often have to share a single bathroom. Single-room occupancy hotels are commonly infested with bedbugs and rats. Existence is bleak.

[9] A survey of approximately 1,000 drug users living in the DTES was presented to the federal Minister of Health in a 2008 report (*Vancouver's INSITE service and other Supervised injection sites: What has been learned from research? — Final report of the Expert Advisory Committee*, March 31, 2008 (online)), and summarized by the trial judge at para. 16 of his reasons (2008 BCSC 661, 85 B.C.L.R. (4th) 89). Generally, he found that:

- those surveyed had been injecting drugs for an average of 15 years;

diverses et leur histoire personnelle diffère, mais ils possèdent souvent certains traits communs. Nombre d'entre eux ont subi dans leur enfance des agressions physiques et sexuelles, ont des antécédents familiaux de toxicomanie, ont été exposés très tôt à des drogues dures et souffrent d'une maladie mentale. De nombreux consommateurs de drogues intraveineuses de ce quartier sont héroïnomanes depuis plusieurs décennies et ont entamé des programmes de désintoxication à plusieurs reprises. Beaucoup sont polytoxicomanes et souffrent d'alcoolisme. Certains sont réduits à faire le trottoir pour financer leurs dépendances. Il devrait ressortir clairement de ces données que ces personnes ne consomment pas à des fins récréatives : elles souffrent de dépendance. Leur consommation de drogues injectables est à la fois l'effet et la cause d'une vie qui représente un combat quotidien.

[8] Bien que le quartier DTES offre des logements abordables, bien des Canadiens seraient horrifiés des conditions de vie qui y règnent. C'est l'un des rares endroits de Vancouver où les personnes les plus démunies, invalides et toxicomanes, peuvent trouver refuge. Vingt pour cent de la population est sans abri. Une grande proportion de ceux qui ont un toit logent dans des maisons de chambres insalubres, où la sécurité, l'intimité et les installations sanitaires se font rares. Souvent, un immeuble ne compte qu'une seule salle de bains, que tous les locataires doivent partager. Les maisons de chambres sont fréquemment infestées de punaises et de rats. On y mène une vie morose.

[9] Un sondage réalisé auprès d'un millier de résidents toxicomanes du quartier DTES a été présenté dans un rapport au ministre de la Santé du Canada en 2008 (*INSITE de Vancouver et autres sites d'injection supervisés : Observations tirées de la recherche — Rapport final du Comité consultatif d'experts sur la recherche sur les sites d'injection supervisés*, 1^{er} mars 2008 (en ligne)). Le juge de première instance l'a résumé au par. 16 de ses motifs (2008 BCSC 661, 85 B.C.L.R. (4th) 89). Voici ce qu'il a constaté de façon générale :

- En moyenne, les participants au sondage s'injectent de la drogue depuis 15 ans;

- the majority (51%) inject heroin and 32% inject cocaine;
 - 87% are infected with hepatitis C virus (HCV) and 17% with human immunodeficiency virus (HIV);
 - 18% are Aboriginal;
 - 20% are homeless and many more live in single resident rooms;
 - 80% have been incarcerated;
 - 38% are involved in the sex trade;
 - 21% are using methadone; and
 - 59% reported a non-fatal overdose in their lifetime.
- La majorité (51 %) s'injecte de l'héroïne et 32 % de la cocaïne;
 - 87 % ont le virus de l'hépatite C (VHC) et 17 % le virus de l'immunodéficience humaine (VIH);
 - 18 % sont des Autochtones;
 - 20 % sont sans abri et beaucoup plus vivent dans une maison de chambres;
 - 80 % des participants ont déjà fait de la prison;
 - 38 % font commerce de leur corps;
 - 21 % prennent de la méthadone;
 - 59 % ont signalé une surdose non fatale au cours de leur vie.

[10] For injection drug users, the nature of addiction makes for a desperate and dangerous existence. Aside from the dangers of the drugs themselves, addicts are vulnerable to a host of other life-threatening practices. Although many users are educated about safe practices, the need for an immediate fix or the fear of police discovering and confiscating drugs can override even ingrained safety habits. Addicts share needles, inject hurriedly in alleyways and dissolve heroin in dirty puddle water before injecting it into their veins. In these back alleyways, users who overdose are often alone and far from medical help. Shared needles transmit HIV and hepatitis C. Unsanitary conditions result in infections. Missing a vein in the rush to inject can mean the development of abscesses. Not taking adequate time to prepare can result in mistakes in measuring proper amounts of the substance being injected. It is not uncommon for injection drug users to develop dangerous infections or endocarditis. These dangers are exacerbated by the fact that injection drug users are a historically marginalized population that has been difficult to bring within the reach of health care providers.

[10] Par la nature même de leur dépendance, les consommateurs de drogues injectables mènent une vie désespérée et dangereuse. Sans compter les dangers que présentent les drogues, les toxicomanes sont susceptibles de se livrer à une panoplie d'autres pratiques qui mettent leur vie en danger. Bien que beaucoup de toxicomanes sachent comment éviter les comportements à risque, l'état de manque ou la crainte que la police découvre et confisque leur drogue peuvent l'emporter même sur des habitudes de protection bien ancrées. Les toxicomanes partagent leurs seringues, se piquent à la hâte dans des ruelles et puisent dans des flaques d'eau stagnante pour dissoudre leur héroïne avant de se l'injecter dans les veines. S'ils sont victimes d'une surdose dans ces ruelles, les toxicomanes se trouvent souvent seuls et loin des services médicaux. Les seringues partagées peuvent transmettre le VIH et l'hépatite C. L'insalubrité cause des infections. Le toxicomane qui rate une veine dans sa hâte risque de développer un abcès. En ne prenant pas le temps nécessaire pour préparer sa dose, il risque de mal mesurer la quantité de la substance qu'il s'injecte. Il n'est pas rare pour les consommateurs de drogues injectables de souffrir d'endocardite ou d'infections dangereuses. Ces risques sont exacerbés par le fait que ces toxicomanes forment une population marginalisée que les professionnels de la santé ont toujours eu du mal à rejoindre.

[11] Although injection drug use is by no means a new problem in Vancouver, or for that matter in the rest of the country, in the early 1990s it reached crisis levels in the DTES. In just six years, the number of annual deaths from overdose in Vancouver increased exponentially, from 16 in 1987 to 200 in 1993. In 1996, Vancouver's medical health officer reported an increase in infectious diseases in the DTES, including HIV/AIDS, hepatitis A, B and C, skin and blood-borne infections, endocarditis and septicæmia, as well as fatal and non-fatal overdoses. All were related to injection drug use. The same year, the British Columbia Centre for Excellence in HIV/AIDS reported an HIV/AIDS epidemic in the neighbourhood. The following year, an epidemic of hepatitis C was reported. A public health emergency was declared in the DTES in September 1997.

[12] The decision to implement a supervised safe injection site was the result of years of research, planning, and intergovernmental cooperation. The process of research and planning is described in the affidavit of Heather Hay, the Director of Addictions, HIV/AIDS and Aboriginal Health Services for the Vancouver Coastal Health Authority ("VCHA"). In her affidavit, Ms. Hay describes the response of the various government agencies to the crisis in the DTES. From the beginning, health authorities recognized that creative solutions would be required to address the needs of the difficult-to-reach population of the DTES.

[13] In 1997, the Vancouver/Richmond Health Board adopted the "Vancouver Downtown Eastside HIV/AIDS Action Plan", which introduced harm reduction strategies such as the creation of the Vancouver Area Network of Drug Users (VANDU) ("VANDU") to provide peer outreach and support, and the establishment of needle exchanges.

[11] Certes, la consommation de drogues injectables ne constitue pas un problème nouveau à Vancouver, ni d'ailleurs dans le reste du pays, mais elle a atteint un point critique dans le quartier DTES au début des années 90. En six ans à peine, le nombre annuel de décès par surdose à Vancouver a crû de manière exponentielle, passant de 16 en 1987 à 200 en 1993. En 1996, le médecin-chef en santé publique de Vancouver a signalé une augmentation des cas de maladies infectieuses dans le quartier DTES, notamment des cas de VIH/sida, d'hépatite A, B et C, d'infections de la peau et d'infections transmises par le sang, d'endocardite et de septicémie, ainsi qu'une augmentation du nombre de surdoses, fatales ou non. Dans tous les cas, cette augmentation était reliée à la consommation de drogues injectables. La même année, le British Columbia Centre for Excellence in HIV/AIDS a fait état d'une épidémie de VIH/sida dans ce secteur. L'année suivante, une épidémie d'hépatite C a été signalée. En septembre 1997, un état d'urgence en santé publique a été déclaré dans le quartier DTES.

[12] La décision d'ouvrir un centre d'injection supervisée est le fruit de plusieurs années de recherche, de planification et de collaboration intergouvernementale. Cette recherche et cette planification sont décrites dans l'affidavit de Heather Hay, directrice des services en matière de toxicomanie, de VIH/sida et de santé des Autochtones de la Vancouver Coastal Health Authority (« VCHA »). Elle y explique notamment les mesures prises par les divers organismes gouvernementaux en réaction à la situation de crise dans le quartier DTES. Dès le départ, les organismes de santé ont reconnu la nécessité de trouver des solutions novatrices pour répondre aux besoins de cette population difficile à rejoindre du quartier DTES.

[13] En 1997, le Vancouver/Richmond Health Board a adopté le « Vancouver Downtown Eastside HIV/AIDS Action Plan » qui proposait des stratégies de réduction des méfaits, comme la création du Vancouver Area Network of Drug Users (VANDU) (« VANDU »), un organisme d'approche et de soutien par les pairs, ainsi que la mise sur pied d'un

In 1999, VCHA issued a report identifying injection drug use as the root of the health concerns in the DTES, and recommended an integrated health approach that had as its focus harm reduction: expansion of primary care services, the development of creative interventions to address communicable disease, the development of a scheme of drug and alcohol services including harm reduction strategies, and improved access to stable housing. In accordance with this plan, new low threshold health clinics were opened in the DTES, needle exchange services were expanded, methadone service was increased, and access to antiretroviral drugs was improved.

[14] In April 2002, the Province transferred responsibility for adult alcohol and drug services to the regional health authorities, allowing the VCHA to integrate its approach to addictions treatment. In September 2002, the VCHA proposed a new addictions plan for Vancouver that adopted harm reduction strategies and moved away from traditional abstinence-based programmes. The plan envisioned a scheme of care for drug users that would assist them at all points in the treatment of their disease, not simply at the exit point when they quit drugs for good. The proposed plan included supervised drug consumption facilities.

[15] The notion of a supervised injection facility, although politically contentious in North America, has precedent elsewhere. Supervised injection sites have been used with success to address health issues associated with injection drug use in other parts of the world. Safe injection sites operate in 70 cities in 6 European countries, and in Sydney, Australia. These sites are evidence that health authorities are increasingly recognizing that health care for injection drug users cannot amount to a stark choice between abstinence and forgoing health services. Successful treatment requires acknowledgment of the difficulties of reaching a marginalized

service d'échange de seringues. En 1999, la VCHA a publié un rapport qui attribuait les problèmes de santé dans le quartier DTES à la consommation de drogues injectables et recommandait une approche intégrée axée sur la réduction des méfaits : augmentation des soins primaires, interventions novatrices de prévention des maladies transmissibles, élaboration d'un programme de services pour alcooliques et toxicomanes, incluant notamment des stratégies de réduction des méfaits, et amélioration de l'accès à un logement stable. Suivant ce plan, de nouvelles cliniques de santé à exigences peu élevées ont ouvert leurs portes dans le quartier DTES, les services d'échange de seringues et de traitement à la méthadone ont été augmentés et l'accès aux médicaments antirétroviraux a été amélioré.

[14] En avril 2002, la province a transféré aux régies régionales de la santé la responsabilité des services aux toxicomanes et alcooliques adultes, ce qui a permis à la VCHA d'adopter une démarche intégrée de traitement de la toxicomanie. En septembre de la même année, la VCHA a proposé, pour Vancouver, un nouveau plan de lutte contre les dépendances qui s'écartait des programmes traditionnels fondés sur l'abstinence et établissait des stratégies de réduction des méfaits. Ce plan prévoyait un programme de soins pour les toxicomanes qui les aiderait à chaque étape du traitement de leur maladie, et non simplement à l'étape ultime où ils renoncent définitivement aux drogues. Ces propositions incluaient des installations de consommation supervisée.

[15] Bien que controversé sur le plan politique en Amérique du Nord, le concept de site d'injection supervisée existe ailleurs. L'utilité des centres d'injection supervisée dans le traitement des problèmes de santé liés à la consommation de drogues injectables s'est avérée dans d'autres parties du monde. On trouve des centres d'injection supervisée dans 70 villes de 6 pays d'Europe, ainsi qu'à Sydney, en Australie. Comme l'existence de tels centres en témoigne, les autorités en santé publique reconnaissent de plus en plus qu'il n'est pas possible de résoudre les problèmes de santé des consommateurs de drogues injectables en les obligeant

population with complex mental, physical, and emotional health issues.

[16] Ms. Hay prepared a proposal for a supervised injection site, which received the approval of the Board of the VCHA in March 2003. In May 2003, the proposal was submitted to Health Canada for consideration. Federal approval was required in order to obtain an exemption from the prohibitions on possession and trafficking of controlled substances in the *CDSA*. The scheme of the *CDSA* provides for such exemptions, at the discretion of the Minister of Health, under s. 56. Health Canada gave final approval for conditional exemption of the facility from possession and trafficking laws as a pilot research project under s. 56 of the *CDSA* on September 12, 2003.

[17] Insite opened its doors on September 21, 2003. It was North America's first government-sanctioned safe injection facility. It has operated constantly since then, seven days a week, 18 hours a day. Its operations are described at paras. 71-77 of the trial judge's reasons:

Insite is located on East Hastings Street between Carrall and Main Streets. It is open daily from 10:00 a.m. to 4:00 a.m. the following day. The facility is known to DTES residents. Police refer addicts to it. Insite operates under an extensive and detailed operating protocol approved by Health Canada. It is staffed by a combination of PHS, Health Authority and community workers.

Users must be 16 years of age or over, must sign a user agreement, release and consent form, must agree to adhere to a code of conduct, and cannot be accompanied by children. Users must register at each visit to the site and each is asked to identify the substance that will be injected. No substances are provided by staff. It goes without saying that the substances brought to Insite by users have been obtained from a trafficker in an

à choisir de renoncer à la drogue ou de renoncer aux soins de santé. On ne peut traiter efficacement la toxicomanie sans reconnaître la difficulté de rejoindre une population marginalisée souffrant de problèmes complexes de santé mentale, physique et émotionnelle.

[16] M^{me} Hay a préparé une proposition visant l'établissement d'un centre d'injection supervisée, que le conseil d'administration de la VCHA a approuvée en mars 2003. En mai 2003, cette proposition a été soumise à Santé Canada, dont l'approbation était nécessaire pour soustraire Insite à l'application des dispositions de la *Loi* interdisant la possession et le trafic de substances désignées. Le régime législatif confère au ministre fédéral de la Santé le pouvoir discrétionnaire d'accorder ce genre d'exemption en vertu de l'art. 56. Le 12 septembre 2003, Santé Canada a donné son approbation finale et accordé une exemption conditionnelle soustrayant le centre à l'application des interdictions de possession et de trafic dans le cadre d'un projet pilote de recherche en vertu de l'art. 56 de la *Loi*.

[17] Insite a ouvert ses portes le 21 septembre 2003. Il s'agissait du premier centre d'injection supervisée approuvé par un gouvernement en Amérique du Nord. Il fonctionne depuis, sept jours par semaine, 18 heures par jour. Le juge de première instance décrit ainsi les activités d'Insite aux par. 71 à 77 de ses motifs :

[TRADUCTION] Insite est situé sur Hastings Est entre les rues Carrall et Main. L'établissement est ouvert tous les jours de 10 h à 4 h du matin. Il est connu des résidents du quartier DTES, et les policiers suggèrent aux toxicomanes de l'utiliser. Insite suit un protocole exhaustif et détaillé approuvé par Santé Canada. Le personnel est composé d'employés de la PHS, de la régie de la santé et de travailleurs communautaires.

Les utilisateurs du centre doivent être âgés d'au moins 16 ans, signer un formulaire d'entente, de renonciation et de consentement et adhérer à un code de conduite. Ils ne peuvent être accompagnés par des enfants. Ils doivent s'inscrire à chaque visite et indiquer la substance qu'ils s'injecteront. Le personnel ne fournit aucune substance. Il va sans dire que les utilisateurs ont acheté les substances apportées sur place

illegal transaction. Users are obviously in possession of their substance en route to Insite. Approximately 60% of the drugs injected are opioids, of which two-thirds are heroin and one-third morphine or hydromorphone. Approximately 40% of injected drugs are stimulants, approximately 90% of which are cocaine and 10%, methamphetamine.

Insite has 12 injection bays. Users are provided with clean injection equipment which is the only equipment that can be used at the site. Users are monitored by staff during injection. Nurses and paramedical staff provide treatment in the event of overdose and contact a physician and the ambulance service as necessary. Overdoses vary in severity and treatment.

The protocol permits pregnant women to use Insite. They are required to undergo a more intensive assessment than others before being allowed access to the injection room. Those women are also referred to a clinic and child daycare facilities directly managed by the Health Authority, which provides pre- and post-natal care to pregnant women who are actively using illegal substances.

Users who have completed an injection are assessed by staff. They may be discharged to the “chill-out” lounge or treated by a nurse in the treatment room for injection-related conditions. Users requiring extensive or ongoing care are referred to the closest primary care facility, either the Downtown Community Health Centre or the Pender Clinic.

Staff and support workers interact with users at Insite on a one-to-one basis. Users are provided with health care information, counselling and referrals to Health Authority and other service providers. Records indicate that in 2005, 2006 and 2007, staff made 2,270, 1,828, and 2,269 referrals, respectively, to community clinic, hospital emergency, outpatient medical mental health, emergency shelter and community services; and to addiction counselling, housing, withdrawal, methadone treatment, drug recovery, and miscellaneous other services.

Since the fall of 2007, the staff has also been able to refer users to “Onsite”, a detox centre located above Insite which permits Insite to provide detox on demand. Onsite is a drug free environment supported by physicians who are addiction specialists and general

à des trafiquants dans le cadre d’une transaction illécite et qu’ils les ont en leur possession avant d’arriver à Insite. Environ 60 % des drogues injectées sont des opioïdes : deux fois sur trois, il s’agit d’héroïne et une fois sur trois, de morphine ou d’hydromorphone; contre environ 40 % de stimulants : dans près de 90 % de ces cas, il s’agit de cocaïne; dans 10 %, de méthamphétamine.

Insite compte 12 postes d’injection. Seul le matériel d’injection propre qui est remis aux utilisateurs peut être utilisé sur place. Toutes les injections sont observées par un membre du personnel. Des infirmiers et du personnel paramédical traitent les utilisateurs en cas de surdose et appellent un médecin et l’ambulance au besoin. Le degré de gravité des surdoses varie, ainsi que leur traitement.

Selon le protocole, il est permis aux femmes enceintes de se prévaloir des services d’Insite. Avant d’accéder à la salle d’injection, elles doivent se soumettre à une évaluation plus exhaustive que les autres utilisateurs. Elles sont aussi dirigées vers une clinique de santé et des services de garde gérés directement par la régie de la santé, qui offre des soins prénataux et postnataux aux femmes enceintes qui consomment activement des substances illégales.

Après leur injection, les utilisateurs sont évalués par un membre du personnel, qui les dirige soit vers la salle de repos soit vers la salle de traitement, où du personnel infirmier soigne les troubles de santé causés par les injections. Les utilisateurs nécessitant des traitements importants ou prolongés sont envoyés à l’établissement de soins primaires le plus près, soit le Downtown Community Health Centre ou la clinique Pender.

Sur place, le personnel et les travailleurs de soutien rencontrent les utilisateurs individuellement pour les renseigner sur les soins de santé, leur offrir du counselling et les orienter vers des services offerts notamment par la régie de la santé. Selon les dossiers, en 2005, 2006 et 2007, il est arrivé respectivement 2 270, 1 828 et 2 269 fois que le personnel dirige un utilisateur vers divers services, comme des cliniques communautaires, des urgences d’hôpitaux, des cliniques externes de santé mentale, des services communautaires, des refuges; et des services aux toxicomanes (p. ex., des services de counseling, de logement, de sevrage, de traitement à la méthadone et de suivi).

Depuis l’automne 2007, le personnel peut en outre envoyer les utilisateurs à « Onsite », un centre de désintoxication situé à l’étage supérieur qui permet à Insite de fournir des services de désintoxication sur demande. Dans cet environnement sans drogue, les utilisateurs

practitioners, nurses and peers. Users may also be referred to residential detox and additional treatment services.

[18] This passage describes a strictly regulated health facility. It operates under the authority of the VCHA, and its personnel are guided by strict policies and procedures. It does not provide drugs to its clients, who must check in, must sign a waiver, and are closely monitored during and after injection. There are guidelines for staff to follow in the disposal of used injection equipment and the containment of leftover drugs.

[19] Insite was the product of cooperative federalism. Local, provincial and federal authorities combined their efforts to create it. It was launched as an experiment. The experiment has proven successful. Insite has saved lives and improved health. And it did those things without increasing the incidence of drug use and crime in the surrounding area. The Vancouver police support Insite. The city and provincial government want it to stay open. But continuing the Insite project will be impossible without a federal government exemption from the laws criminalizing possession of prohibited substances at Insite.

[20] The federal *CDSA* is the federal government's response to the problem of illegal drug use across Canada. By way of the *CDSA*, the federal government has chosen an approach that favours a blanket prohibition on possession and trafficking in illegal drugs. At the same time, Parliament has recognized that there are good reasons to allow the use of illegal substances in certain circumstances. The federal Minister of Health can issue exemptions for medical and scientific purposes under s. 56 of the *CDSA*. Section 55 of the *CDSA* allows for the Governor in Council to make regulations for the medical, scientific and industrial use of illegal substances. In this manner, Parliament has attempted to balance the two competing interests of public safety and public health. In 2008, the federal exemption for Insite from the operation of the criminal drug laws expired. This action was started in an effort to keep Insite open.

sont suivis par des médecins spécialisés en toxicomanie, des généralistes, du personnel infirmier et des pairs. Ils peuvent également être aiguillés vers des centres de désintoxication résidentiels et d'autres services de traitement.

[18] Cet extrait décrit un établissement de santé soumis à des règles strictes. Il relève de la VCHA, et son personnel applique des politiques et des procédures rigoureuses. Il ne fournit aucune drogue à ses clients, qui sont tenus de s'inscrire et de signer une renonciation et sont suivis de près pendant et après l'injection. Des lignes directrices régissent la collecte du matériel d'injection usagé et le confinement des drogues inutilisées.

[19] Insite est le fruit du fédéralisme coopératif, issu des efforts concertés des instances locales, provinciales et fédérales. Il s'agissait d'une expérience, et l'expérience a réussi. Insite a sauvé des vies et a eu un effet bénéfique en matière de santé, et ce, sans provoquer une hausse des méfaits liés à la consommation de drogues et de la criminalité dans le quartier. La police de Vancouver appuie Insite. La ville et le gouvernement provincial veulent qu'il demeure ouvert. Or, le projet Insite ne peut survivre sans une exemption fédérale écartant, dans ses locaux, l'application des lois criminalisant la possession de substances prohibées.

[20] La *Loi* est la réponse du législateur fédéral au problème de la consommation de drogues illégales au Canada. Il a choisi d'édicter une interdiction générale de possession et de trafic de drogues illégales, tout en reconnaissant l'opportunité d'autoriser l'utilisation de substances illégales dans certaines circonstances. L'article 56 de la *Loi* habilite le ministre fédéral de la Santé à accorder une exemption pour des raisons médicales et scientifiques. L'article 55 de cette même loi autorise le gouverneur en conseil à prendre des règlements régissant l'utilisation de substances illégales à des fins médicales, scientifiques et industrielles. Ainsi, le législateur a tenté de concilier les intérêts contradictoires de sécurité et de santé publiques. En 2008, l'exemption fédérale soustrayant Insite à l'application des lois criminelles antidrogue a pris fin. L'action à l'origine du présent pourvoi a été intentée en vue de sauver Insite.

II. Procedural History

[21] This action was brought by Dean Edward Wilson, Shelly Tomic, PHS Community Services (“PHS”), and VANDU. PHS is a non-profit organization that oversees the operation of Insite. VANDU is a non-profit society that advocates on behalf of drug users.

[22] The individual claimants, Mr. Wilson and Ms. Tomic, are residents of the DTES and are (or have been) clients of Insite. Mr. Wilson is 55 years old and has been injecting heroin since he was 13. He has been injecting cocaine for almost as long. His drug use has had serious health consequences: he is hepatitis C positive, and is frequently ill. He has tried to stop or reduce his drug use many times, but has been unable to go completely clean. Mr. Wilson has translated his own experiences into a positive role in helping to educate and improve the health situation of other drug users in the community. He was the first person to use Insite’s facilities, and continues to go back when he relapses into heroin use. He considers Insite to be an important resource for injection drug users in the DTES, and believes that he has reduced his own risk of serious overdose by injecting there. Most importantly, he says, “Insite has given dignity to people who have to struggle to have their humanity recognized” (A.R., vol. II, at p. 44).

[23] Ms. Tomic is 43 years old, and was born addicted to speed. She began injecting cocaine when she was 19 or 20, heroin when she was 26 or 27. She has turned to sex work at times to support her addiction. Like Mr. Wilson, she is hepatitis C positive. She is treating her addiction with methadone, but occasionally relapses and uses heroin. Ms. Tomic started injecting at Insite as soon as it opened in 2003, and immediately noticed that she stopped getting abscesses when she injected there. She also credits Insite with getting her started on methadone treatment. Like Mr. Wilson, she attests to the psychological and emotional support that Insite and its staff

II. Historique judiciaire

[21] L’action à l’origine du pourvoi a été intentée par Dean Edward Wilson, Shelly Tomic, PHS Community Services Society (« PHS »), un organisme à but non lucratif qui gère Insite, et VANDU, une société à but non lucratif qui défend les intérêts des toxicomanes.

[22] M. Wilson et M^{me} Tomic, des résidents du quartier DTES, sont clients d’Insite (ou l’ont été). Âgé de 55 ans, M. Wilson s’injecte de l’héroïne depuis l’âge de 13 ans et de la cocaïne depuis presque aussi longtemps. Sa consommation a eu de graves conséquences sur sa santé : il est porteur de l’hépatite C et tombe souvent malade. Il a tenté à plusieurs reprises de mettre fin à sa consommation de drogues ou de la diminuer, sans réussir à demeurer totalement sobre. M. Wilson met à profit sa propre expérience pour jouer un rôle positif auprès des toxicomanes de la collectivité en aidant à les renseigner et à améliorer leur état de santé. Il a été la première personne à utiliser Insite et y retourne chaque fois qu’il rechute. Selon lui, Insite est une ressource importante pour les consommateurs de drogues injectables du quartier DTES et il croit avoir diminué ses propres risques de surdose grave en faisant ses injections sur place. Mais surtout, d’affirmer M. Wilson : [TRADUCTION] « Insite a rendu leur dignité à des personnes qui doivent lutter pour se faire respecter en tant qu’êtres humains » (d.a., vol. II, p. 44).

[23] Âgée de 43 ans, M^{me} Tomic souffrait déjà d’une dépendance aux amphétamines à sa naissance. Elle a commencé à s’injecter de la cocaïne à 19 ou 20 ans, et de l’héroïne à 26 ou 27 ans. Elle s’est parfois prostituée afin d’acheter de la drogue. Tout comme M. Wilson, elle est porteuse du virus de l’hépatite C. Elle suit un traitement de substitution à la méthadone, mais consomme parfois de l’héroïne, lorsqu’elle rechute. M^{me} Tomic s’est mise à fréquenter Insite dès son ouverture en 2003 et a immédiatement remarqué qu’elle ne développait plus d’abcès lorsqu’elle y faisait ses injections. Selon elle, c’est grâce à Insite qu’elle suit un traitement à la méthadone. Tout comme M. Wilson, elle

provide, and its role in keeping her on the path to recovery.

[24] Ms. Tomic, Mr. Wilson and PHS seek a declaration that ss. 4(1) and 5(1) of the *CDSA* are constitutionally inapplicable to Insite, because as a health facility it is under exclusive provincial control, making an exemption under s. 56 unnecessary. They also allege that the application of the criminal prohibitions in the *CDSA* to Insite violates their constitutional rights under s. 7 of the *Charter*, and to this extent are invalid under s. 52 of the *Constitution Act, 1982*. In the alternative, they seek a declaration that any decision of the federal Minister of Health to refuse to grant or extend the exemption constitutes a violation of the individual plaintiffs' s. 7 *Charter* rights.

[25] At this Court, VANDU supports the submissions of Ms. Tomic, Mr. Wilson and PHS and seeks a declaration that the offence of possession of all addictive drugs violates s. 7 of the *Charter*.

A. *British Columbia Supreme Court, 2008 BCSC 661, 85 B.C.L.R. (4th) 89*

[26] The action was brought by way of a summary trial before Pitfield J. at the British Columbia Supreme Court in May 2008, shortly before the federal exemption was set to expire. The evidence was presented in affidavit form.

[27] Pitfield J. recognized that there are competing approaches to dealing with addiction, and limited his findings of fact to what was necessary to decide the matter before him. His factual findings are key to this appeal. He summarized those findings at paras. 87-89 of his reasons:

... all of the evidence adduced by PHS, VANDU and Canada supports some incontrovertible conclusions:

témoigne du soutien psychologique et émotionnel fourni par le personnel d'Insite et du rôle important de ce dernier dans son propre cheminement vers la guérison.

[24] M^{me} Tomic, M. Wilson et PHS demandent à la Cour de déclarer les par. 4(1) et 5(1) de la *Loi* constitutionnellement inapplicables à Insite, parce qu'il relève de la compétence exclusive de la province, à titre d'établissement de santé, ce qui rend inutile l'octroi de l'exemption prévue à l'art. 56. Ils prétendent également que l'application à Insite des interdictions criminelles établies par la *Loi* porte atteinte à leurs droits constitutionnels garantis par l'art. 7 de la *Charte* et que, par application de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, ces interdictions sont inopérantes dans la mesure de cette atteinte. À titre subsidiaire, ils demandent à la Cour de déclarer que la décision du ministre fédéral de la Santé de refuser d'accorder ou de reconduire l'exemption porte atteinte aux droits garantis à M. Wilson et à M^{me} Tomic par l'art. 7 de la *Charte*.

[25] Devant la Cour, VANDU souscrit aux arguments de M^{me} Tomic, M. Wilson et PHS et sollicite un jugement déclarant que l'infraction de possession de toute drogue engendrant une dépendance viole l'art. 7 de la *Charte*.

A. *Cour suprême de la Colombie-Britannique, 2008 BCSC 661, 85 B.C.L.R. (4th) 89*

[26] L'action a été instruite par voie de procédure sommaire par le juge Pitfield de la Cour suprême de la Colombie-Britannique en mai 2008, peu de temps avant que l'exemption fédérale prenne fin. La preuve a été présentée sous forme d'affidavit.

[27] Le juge Pitfield a reconnu les divergences dans les philosophies de traitement de la dépendance et s'en est tenu, dans ses conclusions de fait, aux éléments nécessaires pour trancher l'affaire dont il était saisi. Ces conclusions de fait, déterminantes dans le présent pourvoi, sont résumées aux par. 87 à 89 de ses motifs :

[TRADUCTION] ... tous les éléments de preuve produits par PHS, VANDU et le Canada étayent un certain nombre de conclusions irréfutables :

- | | |
|--|--|
| <ol style="list-style-type: none"> 1. Addiction is an illness. One aspect of the illness is the continuing need or craving to consume the substance to which the addiction relates. 2. Controlled substances such as heroin and cocaine that are introduced into the bloodstream by injection do not cause Hepatitis C or HIV/AIDS. Rather, the use of unsanitary equipment, techniques, and procedures for injection permits the transmission of those infections, illnesses or diseases from one individual to another; and 3. The risk of morbidity and mortality associated with addiction and injection is ameliorated by injection in the presence of qualified health professionals. | <ol style="list-style-type: none"> 1. La dépendance est une maladie. L'un des aspects de cette maladie est l'état de manque ou le besoin constant de la personne qui en souffre de consommer la substance dont elle est dépendante. 2. Les substances désignées, comme l'héroïne et la cocaïne, introduites dans le sang par injection ne causent pas l'hépatite C ni le VIH/sida. C'est l'utilisation de matériel, de techniques et de procédures d'injection non hygiéniques qui permet la transmission de ces infections ou maladies d'un sujet à l'autre; 3. En s'injectant des drogues en présence de professionnels de la santé qualifiés, le toxicomane réduit ses risques de morbidité et de mortalité reliés à sa dépendance et à sa consommation par injection. |
|--|--|

What is less certain and more controversial are the root causes of addiction. The evidence adduced in these proceeding[s] regarding the character of the DTES, many of its inhabitants, and the nature of addiction leads me to the following assessment.

Residents of the DTES who are addicted to heroin, cocaine, and other controlled substances are not engaged in recreation. Their addiction is an illness frequently, if not invariably, accompanied by serious infections and the real risk of overdose that compromise their physical health and the health of other members of the public. I do not assign or apportion blame, but I conclude that their situation results from a complicated combination of personal, governmental and legal factors: a mixture of genetic, psychological, sociological and familial problems; the inability, despite serious and prolonged efforts, of municipal, provincial and federal governments, as well as numerous non-profit organizations, to provide meaningful and effective support and solutions; and the failure of the criminal law to prevent the trafficking of controlled substances in the DTES as evidenced by the continuing prevalence of addiction in the area.

[28] With respect to outcomes, Pitfield J. accepted the findings of the Expert Advisory Committee's report to the federal Minister of Health with respect to Insite (para. 85). In its report, the Expert Advisory Committee concluded, *inter alia*, that:

- observations in the period shortly before and after the opening of Insite indicated a reduction in the number of people injecting in public;

Par contre, les causes fondamentales de la dépendance sont moins certaines et plus controversées. Les éléments de preuve sur la particularité du quartier DTES, un grand nombre de ses résidents et la nature de la dépendance produits en l'espèce m'amènent aux conclusions qui suivent.

Les résidents du DTES qui souffrent d'une dépendance à l'héroïne, à la cocaïne ou à d'autres substances désignées ne consomment pas à des fins récréatives. Leur dépendance est une maladie souvent, sinon toujours, assortie de graves infections et d'un véritable danger de surdose qui compromettent leur santé physique et celle d'autres membres du public. Sans vouloir chercher de coupable, je conclus que leur situation découle d'une combinaison complexe de facteurs personnels, gouvernementaux et juridiques : un mélange de problèmes génétiques, psychologiques, sociaux et familiaux; l'incapacité, malgré des efforts sérieux et réitérés des gouvernements municipal, provincial et fédéral, ainsi que de nombreux organismes à but non lucratif, de fournir des solutions et un soutien véritables et efficaces et l'incapacité du droit criminel d'empêcher le trafic de substances désignées dans le quartier DTES, comme en fait foi la toxicomanie qui y sévit toujours.

[28] En ce qui concerne l'incidence du projet, le juge Pitfield a fait siennes les conclusions énoncées par le comité consultatif d'experts dans son rapport au ministre fédéral de la Santé concernant Insite (par. 85). Voici certaines de ces conclusions :

- D'après des observations faites peu avant et après l'ouverture d'Insite, le nombre des personnes qui s'injectent en public a diminué.

- there was no evidence of increases in drug-related loitering, drug dealing or petty crime in the area around Insite;
 - the local Chinese Business Association reported reductions in crime in the Chinese business district outside the DTES;
 - police data showed no changes in rates of crime recorded in the DTES;
 - there was no evidence that Insite increased the relapse rate among injection drug users; and
 - the cost/benefit analysis was favourable.
- Aucun élément ne prouve qu'il y ait eu augmentation du flânage en rapport avec la drogue, du trafic de stupéfiants ou de la petite délinquance à l'entour d'Insite.
 - La Chinese Business Association locale fait état d'une diminution de la criminalité dans le quartier des affaires chinois en dehors du DTES.
 - Les données de la police n'indiquent pas de changement du taux de la criminalité dans le DTES.
 - Aucun élément ne prouve qu'Insite augmente le taux de rechute chez les consommateurs de drogues injectables.
 - L'analyse coûts-avantages est positive.

[29] Pitfield J. rejected VANDU's application for a declaration that the activities of the staff of Insite did not amount to possession or trafficking. The question of whether an individual has committed either offence is fact-dependent and not amenable to a judicial declaration "in the air" (para. 98).

[29] Le juge Pitfield a refusé de déclarer que les activités du personnel d'Insite ne constituaient pas de la possession ou du trafic, comme le lui demandait VANDU. La question de savoir si une personne a commis l'une ou l'autre infraction dépend des faits et ne se prête pas à un jugement déclaratoire rendu [TRADUCTION] « dans l'absolu » (par. 98).

[30] Pitfield J. also rejected the claim that Insite was shielded from the application of ss. 4(1) and 5(1) of the *CDSA* by the operation of the doctrine of interjurisdictional immunity. He noted this Court's ambivalence towards the doctrine in recent years and its view that interjurisdictional immunity should only be employed sparingly (para. 118). In cases of "double aspect" where both levels of government may regulate the same subject matter, Pitfield J. held that the courts "must strive to give legitimacy to both legislative initiatives" (para. 119). The federal and provincial legislation conflicted, with the result that the federal scheme prevailed to the extent of the conflict by virtue of the doctrine of federal paramountcy.

[30] Le juge Pitfield a également rejeté la prétention selon laquelle la doctrine de l'exclusivité des compétences soustrayait Insite à l'application des par. 4(1) et 5(1) de la *Loi*. Il a souligné l'ambivalence récente de la Cour à l'égard de cette doctrine et s'est dit d'avis qu'elle ne devrait s'appliquer que rarement (par. 118). Selon lui, dans les cas présentant un « double aspect », où les deux ordres de gouvernement peuvent légiférer dans un même domaine, les tribunaux [TRADUCTION] « doivent s'efforcer de donner effet aux deux mesures législatives » (par. 119). Les dispositions fédérales et provinciales étant incompatibles, le régime fédéral prévalait dans la mesure de cette incompatibilité, suivant la doctrine de la prépondérance fédérale.

[31] With respect to the *Charter* claim, Pitfield J. found that the s. 7 rights of life, liberty, and security of the person were all engaged by the application of ss. 4(1) and 5(1) of the *CDSA* to Insite. Applied to Insite, the impugned provisions of the *CDSA* did

[31] Quant à l'argument fondé sur la *Charte*, le juge Pitfield a conclu que l'application à Insite des par. 4(1) et 5(1) de la *Loi* mettait en jeu les droits à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne garantis par l'art. 7. Appliquées à Insite, les dispositions

not accord with the principles of fundamental justice because they arbitrarily prohibited the management of addiction and its associated risks. The arbitrariness of the scheme was not cured by s. 56 of the *CDSA*, because the Minister's discretion to grant exemptions was unfettered. Pitfield J. went on to hold that the violation of s. 7 could not be saved under s. 1 of the *Charter*. Accordingly, he declared ss. 4(1) and 5(1) of the *CDSA* unconstitutional and of no force and effect. He suspended the declaration of constitutional invalidity and granted Insite a constitutional exemption, permitting it to continue to operate free from federal drug laws.

B. *British Columbia Court of Appeal, 2010 BCCA 15, 100 B.C.L.R. (4th) 269*

[32] The British Columbia Court of Appeal upheld the trial judge's conclusion that Insite should continue to operate free from federal drug prohibitions. Rowles J.A., writing for herself and concurring with Huddart J.A., upheld the trial judge's decision with respect to the *Charter* claim, although she would have found the law overbroad, rather than arbitrary. She agreed with Pitfield J. that the application of the *CDSA* to the activities at Insite would have a grossly disproportionate effect on its clients by denying them access to necessary health care, with no corresponding benefit either to themselves or to society at large.

[33] Rowles J.A. also concurred with the reasons of Huddart J.A., holding that the federal drug laws were inapplicable to Insite by virtue of the doctrine of interjurisdictional immunity. Insite, Huddart J.A. held, is a provincial undertaking created under the provincial power over hospitals. The determination of the nature of services to be provided by a hospital, she held, is at the core of the purpose of the provincial health power, and cannot be undercut by conflicting federal laws. At para. 162, she wrote:

contestées de la *Loi* n'étaient pas conformes aux principes de justice fondamentale, parce qu'elles interdisaient arbitrairement la gestion de la dépendance et des risques qui y sont associés. L'article 56 de la *Loi* ne pouvait remédier au caractère arbitraire du régime parce que le pouvoir discrétionnaire du ministre d'accorder ou non des exemptions était absolu. Le juge Pitfield a poursuivi en concluant que la violation de l'art. 7 ne pouvait se justifier au regard de l'article premier de la *Charte*. Par conséquent, il a déclaré inconstitutionnels et inopérants les par. 4(1) et 5(1) de la *Loi*. Il a suspendu la déclaration d'invalidité constitutionnelle et accordé à Insite une exemption constitutionnelle le soustrayant à l'application des lois fédérales antidrogue pour lui permettre de poursuivre ses activités.

B. *Cour d'appel de la Colombie-Britannique, 2010 BCCA 15, 100 B.C.L.R. (4th) 269*

[32] La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a confirmé la conclusion du juge de première instance qu'Insite devait poursuivre ses activités sans égard aux interdictions fédérales en matière de drogues. La juge Rowles, en son nom et en accord avec la juge Huddart, a confirmé la décision de première instance sur l'argument fondé sur la *Charte*, bien que la loi fût, à son avis, trop générale, plutôt qu'arbitraire. Elle estimait, comme le juge Pitfield, que l'application de la *Loi* aux activités d'Insite aurait une incidence exagérément disproportionnée sur ses clients, en leur refusant l'accès à des soins de santé essentiels, sans qu'il en découle d'avantage équivalent pour eux ou pour la société en général.

[33] La juge Rowles a également souscrit aux motifs de la juge Huddart selon qui les lois fédérales antidrogue étaient inapplicables à Insite en vertu de la doctrine de l'exclusivité des compétences. Aux yeux de la juge Huddart, Insite constitue une entreprise provinciale établie en vertu du pouvoir conféré à la législature provinciale relativement aux hôpitaux. Elle a conclu que la détermination de la nature des services que doit fournir un hôpital touche à l'essence même de l'objet du pouvoir provincial en matière de santé et ne saurait être entravée par des mesures législatives fédérales incompatibles. Voici ce qu'elle a dit, au par. 162 :

If the federal executive, in exercising or failing to exercise authority granted to it by Parliament, can effectively prohibit a form of health care vital to the delivery of a provincial health care program, that means Parliament has an effective veto over provincial health care services, to the extent its use of the criminal power can be justified by the potential for harm to public health or safety. That is just the sort of intrusion into a provincial domain that constituted an impermissible intrusion into the federal domain in *Bell Canada v. Quebec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 S.C.R. 749, at pp. 797-98].

The immunity created, Huddart J.A. held, “would apply only to exempt a health care service considered essential by a provincial agency with the authority to make that decision under provincial legislation” (para. 167). She concluded that “[i]f interjurisdictional immunity is not available to a provincial undertaking on the facts of this case, then it may well be said the doctrine is not reciprocal and can never be applied to protect exclusive provincial powers” (para. 176).

[34] D. Smith J.A. dissented on both the *Charter* and the division of powers issues. With respect to the *Charter*, she held that although a deprivation of s. 7 rights had been made out, the claimants had not established that the deprivation was not in accordance with the principles of fundamental justice. With respect to arbitrariness, she found that “there was no evidence presented to show that the blanket prohibition of possession of illegal drugs is not rationally connected to or is inconsistent with the overall state interest in health and public safety” (para. 291). Similar conclusions were reached with respect to disproportionality and overbreadth. The claimants “provided no evidence to show that Parliament could prevent increased drug use, addiction, and associated crime by something other than a blanket prohibition” (para. 297). The claimants had provided no evidence upon which the court could conclude that Parliament could have achieved its goals of

[TRADUCTION] Si l'exécutif fédéral, en exerçant ou en omettant d'exercer le pouvoir que lui a conféré le législateur, peut de fait interdire certains soins de santé essentiels à l'exécution d'un programme de santé provincial, le législateur fédéral dispose d'un véritable veto sur les soins de santé provinciaux, dans la mesure où le risque pour la santé ou la sécurité publiques justifie l'exercice de son pouvoir en matière criminelle. Il s'agit d'un empiètement dans un domaine provincial du même type que l'empiètement dans un domaine fédéral qui a été jugé inacceptable dans *Bell Canada [c. Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)]*, [1988] 1 R.C.S. 749, p. 797-798].

Selon la juge Huddart, l'immunité créée [TRADUCTION] « ne s'appliquerait que pour exempter un service de santé considéré essentiel par un organisme provincial habilité par une loi provinciale à en décider » (par. 167). Elle a conclu que [TRADUCTION] « [s]i une entreprise provinciale ne peut invoquer l'exclusivité des compétences dans une situation comme celle-ci, on peut mettre en doute la réciprocité de la doctrine et la possibilité qu'elle puisse s'appliquer pour protéger les pouvoirs exclusifs des provinces » (par. 176).

[34] La juge D. Smith a exprimé sa dissidence tant sur la question relative à la *Charte* que sur celle du partage des compétences. Quant à la première, elle a conclu que, bien qu'ayant établi une atteinte aux droits garantis par l'art. 7, les demandeurs n'avaient pas démontré le non-respect des principes de justice fondamentale. Au sujet du caractère arbitraire de la mesure, selon elle, [TRADUCTION] « aucun élément de preuve produit n'a démontré l'absence de lien rationnel ou l'incompatibilité de l'interdiction générale de posséder des drogues illégales avec l'intérêt général de l'État en matière de santé et de sécurité publiques » (par. 291). Elle a tiré des conclusions semblables relativement au caractère disproportionné et à la portée excessive : les demandeurs [TRADUCTION] « n'ont fourni aucune preuve démontrant que le législateur pouvait contenir la consommation de drogue, la dépendance et la criminalité qui en découle par un autre moyen qu'une interdiction générale » (par. 297). Ils n'ont présenté

protecting the health and safety of all Canadians from dangerous and addictive drugs by alternative and narrower legislative means (para. 303).

[35] On the division of powers issue, D. Smith J.A. essentially agreed with the trial judge. She reviewed the recent jurisprudence of this Court on interjurisdictional immunity, and concluded that the doctrine was limited to circumstances in which previous case law had identified an area of exclusive legislative authority (para. 225). Accordingly, she concluded that the doctrine of interjurisdictional immunity should not apply to the provincial power over health care services and hospitals.

III. Questions on Appeal

[36] The Attorney General of Canada asks this Court to overturn the Court of Appeal's holdings on the division of powers and the *Charter*. These questions are considered separately below. The first question is whether ss. 4(1) and 5(1) of the *CDSA* are constitutionally inapplicable to the activities of the staff and clients at Insite by virtue of the division of powers. The second question is whether ss. 4(1) and 5(1) infringe the rights guaranteed by s. 7 of the *Charter*, and if so, whether the infringement is justified under s. 1 of the *Charter*.

IV. Statutory and Constitutional Provisions

A. *The CDSA*

[37] The federal government, exercising its criminal law power, has enacted the *CDSA*. The *CDSA* makes it a crime to possess or traffic in illegal drugs across Canada. The *CDSA* regulates drug possession and trafficking in two complementary ways.

aucun élément de preuve permettant au tribunal de conclure que le législateur aurait pu atteindre ses objectifs de protection de la santé et de la sécurité de la population canadienne contre les drogues dangereuses créant une dépendance grâce à d'autres mesures législatives d'une portée plus restreinte (par. 303).

[35] Sur la question du partage des compétences, la juge D. Smith a essentiellement souscrit à l'opinion du juge de première instance. Ayant passé en revue la jurisprudence récente de la Cour sur l'exclusivité des compétences, elle a conclu que cette doctrine se limitait aux situations pour lesquelles la jurisprudence antérieure avait circonscrit un domaine de compétence législative exclusive (par. 225). Par conséquent, elle a conclu que la doctrine de l'exclusivité des compétences ne devrait pas s'appliquer à la compétence provinciale en matière de soins de santé et d'hôpitaux.

III. Les questions soulevées dans le pourvoi

[36] Le procureur général du Canada demande à la Cour d'infirmes les décisions de la Cour d'appel concernant le partage des compétences et la *Charte*. Ces deux sujets sont examinés séparément plus loin. La première question consiste à savoir si les par. 4(1) et 5(1) de la *Loi* sont inapplicables, sur le plan constitutionnel, aux activités du personnel et des clients d'Insite en raison du partage des compétences. La deuxième question consiste à savoir si les par. 4(1) et 5(1) portent atteinte aux droits garantis par l'art. 7 de la *Charte* et, dans l'affirmative, si cette atteinte est justifiée au regard de l'article premier de la *Charte*.

IV. Les dispositions législatives et constitutionnelles

A. *La Loi*

[37] Le législateur fédéral, dans l'exercice de son pouvoir en matière criminelle, a adopté la *Loi*, aux termes de laquelle quiconque possède des drogues illégales ou en fait le trafic au Canada commet une infraction. La *Loi* régleme la possession et le trafic de drogues de deux façons complémentaires.

[38] First, the *CDSA* prohibits possession and trafficking in ss. 4(1) and 5(1):

4. (1) Except as authorized under the regulations, no person shall possess a substance included in Schedule I, II or III.

5. (1) No person shall traffic in a substance included in Schedule I, II, III or IV or in any substance represented or held out by that person to be such a substance.

[39] Second, the *CDSA* empowers the Minister of Health to issue exemptions for medical or scientific reasons, or for any purpose the Minister deems to be in the public interest:

56. The Minister may, on such terms and conditions as the Minister deems necessary, exempt any person or class of persons or any controlled substance or precursor or any class thereof from the application of all or any of the provisions of this Act or the regulations if, in the opinion of the Minister, the exemption is necessary for a medical or scientific purpose or is otherwise in the public interest.

[40] Section 55 complements the s. 56 exemption power by giving the Governor in Council the power to make regulations concerning the use and distribution of controlled substances in their permitted applications.

[41] The mechanisms embodied in the *CDSA* — general prohibitions subject to targeted ministerial exemptions — reflect the dual purpose of the *CDSA*: the protection of both public safety and public health. This dual purpose is also reflected in the sentencing provision of the *CDSA*, s. 10(1), which directs that “the fundamental purpose of any sentence for an offence under this Part is to contribute to the respect for the law and the maintenance of a just, peaceful and safe society while encouraging rehabilitation, and treatment in appropriate circumstances, of offenders and acknowledging the harm done to victims and to the community”.

B. *The Constitutional Provisions*

[42] Canada has asserted jurisdiction to prohibit the possession and trafficking of illicit drugs by

[38] Premièrement, les par. 4(1) et 5(1) de la *Loi* interdisent la possession et le trafic :

4. (1) Sauf dans les cas autorisés aux termes des règlements, la possession de toute substance inscrite aux annexes I, II ou III est interdite.

5. (1) Il est interdit de faire le trafic de toute substance inscrite aux annexes I, II, III ou IV ou de toute substance présentée ou tenue pour telle par le trafiquant.

[39] Deuxièmement, la *Loi* habilite le ministre de la Santé à accorder des exemptions pour des raisons médicales ou scientifiques ou pour toute raison qu’il juge d’intérêt public :

56. S’il estime que des raisons médicales, scientifiques ou d’intérêt public le justifient, le ministre peut, aux conditions qu’il fixe, soustraire à l’application de tout ou partie de la présente loi ou de ses règlements toute personne ou catégorie de personnes, ou toute substance désignée ou tout précurseur ou toute catégorie de ceux-ci.

[40] L’article 55 complète le pouvoir d’accorder une exemption prévu à l’art. 56 en habilitant le gouverneur en conseil à prendre des règlements concernant l’utilisation et la distribution de substances désignées pour leurs applications autorisées.

[41] Les mécanismes prévus dans la *Loi* — interdictions générales assorties d’exemptions sélectives accordées par le ministre — reflètent le double objet de cette loi : la protection de la sécurité et de la santé publiques. Ce double objet ressort également du par. 10(1) de la *Loi*, relatif à la détermination de la peine, qui précise que « le prononcé des peines prévues à la présente partie a pour objectif essentiel de contribuer au respect de la loi et au maintien d’une société juste, paisible et sûre tout en favorisant la réinsertion sociale des délinquants et, dans les cas indiqués, leur traitement et en reconnaissant les torts causés aux victimes ou à la collectivité ».

B. *Les dispositions constitutionnelles*

[42] Le Canada a exercé son pouvoir d’interdire la possession et le trafic de drogues illégales en

virtue of its power to enact criminal laws under s. 91(27) of the *Constitution Act, 1867*:

91. . . . it is hereby declared that (notwithstanding anything in this Act) the exclusive Legislative Authority of the Parliament of Canada extends to all Matters coming within the Classes of Subjects next herein-after enumerated; that is to say, —

. . . .

27. The Criminal Law, except the Constitution of Courts of Criminal Jurisdiction, but including the Procedure in Criminal Matters.

[43] The claimants and the Attorney General of British Columbia submit that Insite is exempt from the prohibitions in the federal *CDSA* because decisions about health facilities fall within provincial jurisdiction over health under s. 92(7), (13) and (16) of the *Constitution Act, 1867*:

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

7. The Establishment, Maintenance, and Management of Hospitals, Asylums, Charities, and Eleemosynary Institutions in and for the Province, other than Marine Hospitals.

. . . .

13. Property and Civil Rights in the Province.

. . . .

16. Generally all Matters of a merely local or private Nature in the Province.

The Province, exercising these powers, has delegated them to the VCHA, which in turn established Insite.

[44] The claimants also invoke ss. 1 and 7 of the *Charter*:

s'appuyant sur la compétence législative en droit criminel que lui confère le par. 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867* :

91. . . . il est par la présente déclaré que (nonobstant toute disposition contraire énoncée dans la présente loi) l'autorité législative exclusive du parlement du Canada s'étend à toutes les matières tombant dans les catégories de sujets ci-dessous énumérés, savoir :

. . . .

27. La loi criminelle, sauf la constitution des tribunaux de juridiction criminelle, mais y compris la procédure en matière criminelle.

[43] Les demandeurs et le procureur général de la Colombie-Britannique font valoir qu'Insite échappe aux interdictions établies dans la *Loi* par le législateur fédéral, étant donné que les décisions portant sur les établissements de santé relèvent de la compétence conférée aux provinces en matière de santé par les par. 92(7), (13) et (16) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, que voici :

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

. . . .

7. L'établissement, l'entretien et l'administration des hôpitaux, asiles, institutions et hospices de charité dans la province, autres que les hôpitaux de marine;

. . . .

13. La propriété et les droits civils dans la province;

. . . .

16. Généralement toutes les matières d'une nature purement locale ou privée dans la province.

La province, dans l'exercice de ces compétences, a délégué ces pouvoirs à la VCHA, qui a mis sur pied Insite.

[44] Les demandeurs invoquent également l'article premier et l'art. 7 de la *Charte* :

1. The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.

1. La *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

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.

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.

V. Division of Powers Arguments

V. Arguments fondés sur le partage des pouvoirs

[45] All the parties accept that apart from its application to provincial health facilities, the *CDSA* is valid legislation, pursuant to Parliament's criminal law power, s. 91(27). The issue before the Court is whether, as a result of the division of powers between the federal government and the provinces, *Insite* is not bound by the valid criminal laws that prohibit the possession and trafficking of controlled substances. The parties and interveners have advanced three arguments in support of this position.

[45] Sauf en ce qui a trait à son application aux établissements de santé provinciaux, les parties conviennent de la validité de la *Loi*, adoptée en vertu de la compétence en matière criminelle conférée au Parlement par le par. 91(27). La question que la Cour doit trancher est celle de savoir si le partage des pouvoirs entre le fédéral et les provinces a pour effet de soustraire *Insite* aux dispositions criminelles valides interdisant la possession et le trafic de substances désignées. Les parties et les intervenants ont fait valoir trois arguments au soutien de leur thèse.

[46] First, the Attorney General of Quebec argues that the impugned provisions of the *CDSA* are *ultra vires* insofar as *Insite* is concerned because the federal criminal law power cannot interfere with the regulation of provincial health facilities.

[46] Premièrement, le procureur général du Québec soutient que, dans la mesure de leur application à *Insite*, les dispositions contestées de la *Loi* sont *ultra vires*, car la compétence fédérale en matière criminelle ne peut entraver la réglementation d'établissements de santé provinciaux.

[47] Second, the Attorney General of British Columbia argues that the *CDSA* should be read as avoiding interfering with the Province's jurisdiction over health policy. When the *CDSA* is interpreted in this way, British Columbia argues that any institution that a province identifies as serving the public interest must be exempted from the criminal prohibitions of possession and trafficking.

[47] Deuxièmement, le procureur général de la Colombie-Britannique fait valoir qu'il faut interpréter la *Loi* de façon à éviter qu'elle entre en conflit avec la compétence provinciale en matière de politique sur la santé. Selon la Colombie-Britannique, suivant une telle interprétation, tout établissement reconnu d'intérêt public par la province serait soustrait aux interdictions criminelles de possession et de trafic.

[48] Third, the Attorney General of British Columbia, Mr. Wilson, Ms. Tomic and PHS argue that the doctrine of interjurisdictional immunity should apply to shield provincial decisions about

[48] Troisièmement, le procureur général de la Colombie-Britannique, M. Wilson, M^{me} Tomic et PHS font valoir que la doctrine de l'exclusivité des compétences devrait avoir pour effet de mettre

medical treatments from interference by the federal government.

[49] I consider each of these arguments below.

A. *Are the Impugned Provisions of the CDSA Ultra Vires?*

[50] The Attorney General of Quebec submits that ss. 4(1) and 5(1) of the *CDSA* are partially invalid because they exceed Parliament's jurisdiction to enact criminal laws under s. 91(27) of the *Constitution Act, 1867*. Quebec argues that while the federal government is permitted to criminalize the possession and trafficking of illicit drugs in many contexts, prohibiting these drugs in a medical context is *ultra vires* the federal government. Quebec acknowledges that its approach might appear novel.

[51] This argument appears to confuse the constitutional validity of a law with the applicability of a valid law. When determining whether a law is valid under the division of powers, the Court looks to the dominant purpose of the law. The fact that the law at issue in this case has the incidental effect of regulating provincial health institutions does not mean that it is constitutionally invalid. A valid federal law may have incidental impacts on provincial matters: *Canadian Western Bank v. Alberta*, 2007 SCC 22, [2007] 2 S.C.R. 3, at para. 28; *Global Securities Corp. v. British Columbia (Securities Commission)*, 2000 SCC 21, [2000] 1 S.C.R. 494, at para. 23. It is therefore untenable to argue, as I understand Quebec to do, that a valid federal law becomes invalid if it affects a provincial subject, in this case health.

[52] In pith and substance, the impugned provisions of the *CDSA* are valid exercises of the federal criminal law power. At trial, PHS conceded that ss. 4(1) and 5(1) of the *CDSA* were "concerned with suppressing the availability of drugs that have harmful effects on human health" (para. 112). The protection of public health and safety from the

les décisions provinciales relatives aux traitements médicaux à l'abri d'une ingérence fédérale.

[49] J'examinerai maintenant chacun de ces arguments.

A. *Les dispositions contestées de la Loi sont-elles ultra vires?*

[50] Selon le procureur général du Québec, les par. 4(1) et 5(1) de la *Loi* sont partiellement invalides, car ils outrepassent le pouvoir d'adopter des lois criminelles conféré au Parlement par le par. 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Le Québec convient que le Parlement a le pouvoir de criminaliser la possession et le trafic de drogues illicites dans de nombreux contextes, mais estime qu'une telle interdiction en contexte médical excède la compétence fédérale. Le Québec admet que sa thèse pourrait être perçue comme inédite.

[51] Cet argument semble confondre la validité constitutionnelle d'une loi et l'applicabilité d'une loi valide. Pour apprécier la validité d'une mesure législative au regard du partage des compétences, la Cour en détermine l'objet principal. En l'espèce, le fait que les dispositions contestées ont pour effet accessoire de réglementer des établissements de santé provinciaux n'en emporte pas l'inconstitutionnalité, car une loi fédérale valide peut avoir des effets accessoires sur des matières de compétence provinciale : *Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta*, 2007 CSC 22, [2007] 2 R.C.S. 3, par. 28; *Global Securities Corp. c. Colombie-Britannique (Securities Commission)*, 2000 CSC 21, [2000] 1 R.C.S. 494, par. 23. On ne peut donc prétendre, comme le fait le Québec à ce que je comprends, qu'une loi fédérale valide devient invalide si elle touche une matière de compétence provinciale, en l'occurrence la santé.

[52] Compte tenu de leur caractère véritable, les dispositions contestées de la *Loi* constituent un exercice valide de la compétence fédérale en matière criminelle. Au procès, PHS a reconnu que les par. 4(1) et 5(1) de la *Loi* [TRADUCTION] « visent l'élimination de l'accès aux drogues qui ont des effets nocifs sur la santé humaine » (par. 112). La

effects of addictive drugs is a valid criminal law purpose: *R. v. Malmo-Levine*, 2003 SCC 74, [2003] 3 S.C.R. 571, at paras. 77-78. Additionally, the prohibitions in ss. 4(1) and 5(1) are backed by penalties. Since none of the parties have argued that the impugned provisions colourably intrude on provincial jurisdiction, I conclude that they are valid exercises of the criminal law power.

B. *Should Sections 4(1) and 5(1) Be Read as Not Applying to Insite?*

[53] The Attorney General of British Columbia argues that ss. 4(1) and 5(1) of the *CDSA* should be read as not applying to Insite. Relying on this Court's decision in *Attorney General of Canada v. Law Society of British Columbia*, [1982] 2 S.C.R. 307 ("*Jabour*"), British Columbia argues that federal criminal laws are "implicitly constrained to operate consistently with the public interest" (AGBC Factum, at para. 47). It argues that once a province establishes that a particular activity (in this case the provision of health services through Insite) serves the public interest, that activity is exempt from the operation of federal criminal laws. Since the Province has authorized the operation of Insite in the public interest, the prohibitions in ss. 4(1) and 5(1) of the *CDSA* do not apply to it.

[54] *Jabour* does not establish that federal criminal laws cease to apply if their application is inconsistent with the public interest, as defined by a province. The issue before the Court in *Jabour* was whether s. 32 of the *Combines Investigation Act*, R.S.C. 1970, c. C-23, which only prohibited activities that harmed the public interest, interfered with the operation of a provincial law society. The Court, *per* Estey J., held that "[w]hen a federal statute can be properly interpreted so as not to interfere with a provincial statute, such an interpretation is to be applied in preference to another applicable construction which would

protection de la santé et de la sécurité publiques contre les effets des drogues créant une dépendance est un objectif légitime du droit criminel : *R. c. Malmo-Levine*, 2003 CSC 74, [2003] 3 R.C.S. 571, par. 77-78. De plus, les interdictions figurant aux par. 4(1) et 5(1) sont assorties de sanctions pénales. Puisqu'aucune des parties n'a prétendu que les dispositions contestées empiètent de façon déguisée sur la compétence provinciale, je conclus qu'elles constituent un exercice valide de la compétence fédérale en matière criminelle.

B. *Les paragraphes 4(1) et 5(1) doivent-ils être interprétés comme ne s'appliquant pas à Insite?*

[53] Selon le procureur général de la Colombie-Britannique, les par. 4(1) et 5(1) de la *Loi* devraient être interprétés comme ne s'appliquant pas à Insite. Alléguant la décision de la Cour dans *Procureur général du Canada c. Law Society of British Columbia*, [1982] 2 R.C.S. 307 (« *Jabour* »), la Colombie-Britannique fait valoir que la législation fédérale en matière criminelle [TRADUCTION] « comporte des limites implicites pour s'appliquer en conformité avec l'intérêt public » (mémoire du procureur général de la C.-B., par. 47). Selon elle, dès qu'une province établit qu'une certaine activité (en l'occurrence la prestation par Insite de services de santé) sert l'intérêt public, cette activité est soustraite à l'application des lois fédérales en matière criminelle. Puisque c'est dans l'intérêt public que la province a autorisé Insite, les interdictions prévues aux par. 4(1) et 5(1) de la *Loi* ne s'y appliqueraient pas.

[54] L'arrêt *Jabour* n'établit pas que les lois fédérales en matière criminelle cessent de s'appliquer dans les cas où leur application est incompatible avec l'intérêt public, tel que le définit une province. Dans cette affaire, la Cour était saisie de la question de savoir si l'art. 32 de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, S.R.C. 1970, ch. C-23, qui n'interdisait que les activités contraires à l'intérêt public, entravait les activités d'un barreau provincial. La Cour, sous la plume du juge Estey, a conclu que « [c]haque fois qu'on peut légitimement interpréter une loi fédérale de manière qu'elle n'entre pas en conflit avec une loi provinciale, il faut

bring about a conflict between the two statutes” (p. 356).

[55] The decision in *Jabour* rested on the fact that the prohibition in the *Combines Investigation Act* extended only to activities that harmed the public interest. *Jabour* was about interpreting the federal statute. It did not establish a general rule that provincial programmes designed to advance the public interest are always exempt from the operation of the criminal law. The Court made this point in *Garland v. Consumers' Gas Co.*, 2004 SCC 25, [2004] 1 S.C.R. 629, per Iacobucci J., who wrote that the principle of interpretation adopted in *Jabour* would only apply where Parliament has “expressly or by necessary implication . . . granted leeway to those acting pursuant to a valid provincial regulatory scheme” (para. 77).

[56] The wording of s. 56 of the *CDSA* makes clear that the federal government did not grant any leeway to the provinces. Section 56 establishes that the federal Minister may grant exemptions “on such terms and conditions as the Minister deems necessary . . . if, in the opinion of the Minister, the exemption is necessary for a medical or scientific purpose or is otherwise in the public interest”. The federal Minister alone has the power to determine if an activity should be exempt from the prohibitions in the *CDSA*. Action by provincial authorities is neither contemplated nor authorized by the *CDSA*. To put it another way, the *CDSA* grants no leeway to the provinces, and cannot be interpreted as exempting the provinces from its provisions.

C. *Interjurisdictional Immunity*

[57] British Columbia, Mr. Wilson, Ms. Tomic and PHS argue that Insite is shielded from the operation of the *CDSA* by virtue of the doctrine of interjurisdictional immunity. The argument, accepted by the majority of the Court of Appeal, is that decisions about what treatment may be offered in provincial health facilities lie at the core of the provincial jurisdiction in the area of health care, and are therefore protected from federal intrusions

appliquer cette interprétation de préférence à toute autre qui entraînerait un conflit » (p. 356).

[55] La décision rendue dans *Jabour* reposait sur le fait que l'interdiction prévue par la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* ne s'appliquait qu'aux activités contraires à l'intérêt public. Elle touchait l'interprétation de la loi fédérale. Elle n'a établi aucune règle générale voulant que des programmes provinciaux conçus dans l'intérêt public soient inévitablement soustraits à l'application d'une loi en matière criminelle. La Cour l'a confirmé dans *Garland c. Consumers' Gas Co.*, 2004 CSC 25, [2004] 1 R.C.S. 629, où le juge Iacobucci a précisé que le principe d'interprétation adopté dans *Jabour* serait réservé aux cas où le législateur fédéral « soit expressément ou par déduction nécessaire, [. . .] accorde la liberté [. . .] à ceux qui agissent conformément à un régime de réglementation provincial valide » (par. 77).

[56] Il ressort du libellé de l'art. 56 de la *Loi* que le législateur fédéral n'a accordé aucune liberté aux provinces. Cette disposition habilite le ministre fédéral, « [s]'il estime que des raisons médicales, scientifiques ou d'intérêt public le justifient », à accorder des exemptions « aux conditions qu'il fixe ». Seul le ministre fédéral peut déterminer si une activité doit être exemptée des interdictions établies par la *Loi*. Aucun acte de l'administration provinciale n'est prévu ni autorisé par la *Loi*. Autrement dit, la *Loi* n'accorde aucune liberté aux provinces, et ne peut être interprétée comme les soustrayant à ses dispositions.

C. *Exclusivité des compétences*

[57] La Colombie-Britannique, M. Wilson, M^{me} Tomic et PHS prétendent qu'Insite est soustrait à l'application de la *Loi* en raison de la doctrine de l'exclusivité des compétences. Suivant leur argument, retenu par les juges majoritaires de la Cour d'appel, les décisions relatives aux traitements offerts par des établissements de santé provinciaux touchent à l'essence même de la compétence provinciale en matière de soins de santé, de sorte que

by the doctrine of interjurisdictional immunity. Accordingly, they say that ss. 4(1) and 5(1) of the CDSA are of no force or effect to the extent that they impair the Province's ability to make decisions about health care services.

[58] The doctrine of interjurisdictional immunity is premised on the idea that there is a "basic, minimum and unassailable content" to the heads of powers in ss. 91 and 92 of the *Constitution Act, 1867* that must be protected from impairment by the other level of government: *Bell Canada v. Quebec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 S.C.R. 749, at p. 839. In cases where interjurisdictional immunity is found to apply, the law enacted by the other level of government remains valid, but has no application with regard to the identified "core".

[59] It is not necessary to show that there is a conflict between the laws adopted by the two levels of government for interjurisdictional immunity to apply: *Quebec (Attorney General) v. Canadian Owners and Pilots Association*, 2010 SCC 39, [2010] 2 S.C.R. 536, at para. 52 ("COPA"). Indeed, it is not even necessary for the government benefiting from the immunity to be exercising its exclusive authority: *Canadian Western Bank*, at para. 34.

[60] The doctrine of interjurisdictional immunity has been applied to circumscribed areas of activity referred to in the cases as undertakings. These include aviation, ports, interprovincial rail and federal communications works. The doctrine has also been applied to federal things like Aboriginal land, and federally regulated persons such as Aboriginal peoples: *Derrickson v. Derrickson*, [1986] 1 S.C.R. 285; *Natural Parents v. Superintendent of Child Welfare*, [1976] 2 S.C.R. 751; see also *Canadian Western Bank*, at para. 41. It has never been applied to a broad and amorphous area of jurisdiction.

la doctrine de l'exclusivité des compétences les protègent des ingérences fédérales. Par conséquent, ils affirment que les par. 4(1) et 5(1) de la *Loi* sont inopérants dans la mesure où ils entravent la prise de décisions par la province en matière de soins de santé.

[58] La doctrine de l'exclusivité des compétences repose sur la prémisse que les chefs de compétence prévus aux art. 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867* ont un « contenu minimum élémentaire et irréductible », qui doit être protégé contre l'ingérence de l'autre ordre de gouvernement : *Bell Canada c. Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 R.C.S. 749, p. 839. S'il est établi que la doctrine de l'exclusivité des compétences trouve application, la mesure législative adoptée par l'autre ordre de gouvernement demeure valide, mais ne s'applique pas à l'égard de ce « contenu essentiel ».

[59] Point n'est besoin de démontrer l'existence d'un conflit entre les mesures législatives adoptées par l'un et l'autre gouvernement pour que la doctrine de l'exclusivité des compétences trouve application : *Québec (Procureur général) c. Canadian Owners and Pilots Association*, 2010 CSC 39, [2010] 2 R.C.S. 536, par. 52 (« COPA »). En fait, il n'est même pas nécessaire que l'ordre de gouvernement en faveur duquel joue cette doctrine exerce sa compétence exclusive : *Banque canadienne de l'Ouest*, par. 34.

[60] La doctrine de l'exclusivité des compétences a déjà été appliquée à des domaines d'activités circonscrits, qualifiés d'entreprises dans la jurisprudence. Il s'agit notamment de l'aviation, des ports, des chemins de fer interprovinciaux et des ouvrages de communication de compétence fédérale. Elle a aussi été appliquée à des choses relevant du gouvernement fédéral, comme les terres autochtones, et à des personnes régies par une loi fédérale, comme les Autochtones : *Derrickson c. Derrickson*, [1986] 1 R.C.S. 285; *Parents naturels c. Superintendent of Child Welfare*, [1976] 2 R.C.S. 751; voir également *Banque canadienne de l'Ouest*, par. 41. Jamais elle n'a été appliquée à un domaine de compétence large et ambigu.

[61] Recent jurisprudence has tended to confine the doctrine of interjurisdictional immunity. In *Canadian Western Bank*, the majority stated that “although the doctrine of interjurisdictional immunity has a proper part to play in appropriate circumstances, we intend now to make it clear that the Court does not favour an intensive reliance on the doctrine, nor should we accept the invitation of the appellants to turn it into a doctrine of first recourse in a division of powers dispute” (para. 47). More recently, in *COPA*, the majority held that the doctrine “has not been removed from the federalism analysis”, but rather remains “in a form constrained by principle and precedent” (para. 58).

[62] This caution reflects three related concerns. First, the doctrine of interjurisdictional immunity is in tension with the dominant approach that permits concurrent federal and provincial legislation with respect to a matter, provided the legislation is directed at a legitimate federal or provincial aspect, as the case may be. This model of federalism recognizes that in practice there is significant overlap between the federal and provincial areas of jurisdiction, and provides that both governments should be permitted to legislate for their own valid purposes in these areas of overlap.

[63] Second, the doctrine is in tension with the emergent practice of cooperative federalism, which increasingly features interlocking federal and provincial legislative schemes. In the spirit of cooperative federalism, courts “should avoid blocking the application of measures which are taken to be enacted in furtherance of the public interest”: *Canadian Western Bank*, at para. 37. Where possible, courts should allow both levels of government to jointly regulate areas that fall within their jurisdiction: *Canadian Western Bank*, at para. 37.

[64] Third, the doctrine of interjurisdictional immunity may overshoot the federal or provincial power in which it is grounded and create legislative “no go” zones where neither level of government

[61] La jurisprudence récente tend à limiter la portée de la doctrine de l'exclusivité des compétences. Dans *Banque canadienne de l'Ouest*, les juges majoritaires précisent que « bien que la doctrine de l'exclusivité des compétences joue un rôle légitime dans les cas indiqués, nous tenons à préciser maintenant que notre Cour ne préconise pas une utilisation intensive de cette doctrine, et nous déclinons l'invitation des appelantes d'en faire la première doctrine examinée dans le cadre d'un différend sur le partage des compétences » (par. 47). Dans *COPA*, un arrêt plus récent, les juges majoritaires déclarent que la doctrine « n'a pas été écartée de l'analyse du fédéralisme canadien », mais « est encadrée par des considérations de principe et des précédents » (par. 58).

[62] Cette précision met en lumière trois problèmes connexes. Premièrement, la doctrine de l'exclusivité des compétences va à l'encontre de l'approche dominante, qui permet l'application parallèle de lois fédérale et provinciale dans un même champ, à condition qu'elles visent un aspect légitimement fédéral ou provincial, selon le cas. Ce modèle de fédéralisme admet un important chevauchement des compétences fédérales et provinciales dans les faits et permet aux deux ordres de gouvernement de légiférer relativement à des objectifs légitimes dans les matières où il y a chevauchement.

[63] Deuxièmement, cette doctrine cadre mal avec la tendance actuelle au fédéralisme coopératif, caractérisé de plus en plus par la coordination des régimes législatifs fédéral et provincial. Dans un esprit de fédéralisme coopératif, les tribunaux « devraient éviter d'empêcher l'application de mesures considérées comme ayant été adoptées en vue de favoriser l'intérêt public » : *Banque canadienne de l'Ouest*, par. 37. Dans la mesure du possible, ils devraient permettre aux deux ordres de gouvernement de légiférer de concert dans les matières qui relèvent de leur compétence : *Banque canadienne de l'Ouest*, par. 37.

[64] Troisièmement, la doctrine de l'exclusivité des compétences risque d'attribuer une portée excessive au pouvoir fédéral ou provincial auquel elle se rattache et de créer des zones intouchables

regulates. Since it is not necessary for the government benefiting from the immunity to actually regulate in the field in question, extension of the doctrine of interjurisdictional immunity risks creating “legal vacuums”: *Canadian Western Bank*, at para. 44.

[65] While the doctrine of interjurisdictional immunity has been narrowed, it has not been abolished. Predictability, important to the proper functioning of the division of powers, requires recognition of previously established exclusive cores of power: *Canadian Western Bank*, at paras. 23-24. Nor, in principle, is the doctrine confined to federal powers: *Canadian Western Bank*. However, in areas of overlapping jurisdiction, the modern trend is to strike a balance between the federal and provincial governments, through the application of pith and substance analysis and a restrained application of federal paramountcy. Therefore, before applying the doctrine of interjurisdictional immunity in a new area, courts should ask whether the constitutional issue can be resolved on some other basis.

[66] The question in this case is whether the delivery of health care services constitutes a protected core of the provincial power over health care in s. 92(7), (13) and (16) of the *Constitution Act, 1867*, and is therefore immune from federal interference. I conclude that it is not, for three related reasons.

[67] First, the proposed core of the provincial power over health has never been recognized in the jurisprudence. This is not determinative since new areas of exclusive jurisdiction could in theory be identified in the future. However, as noted above, courts are reluctant to identify new areas where interjurisdictional immunity applies.

[68] Second, and more importantly, the claimants in this case have failed to identify a delineated

que les législateurs fédéral et provincial n’occuperont ni l’un ni l’autre. Puisque l’ordre de gouvernement en faveur duquel joue l’exclusivité n’est pas tenu d’exercer sa compétence en la matière, l’application extensive de cette doctrine risque de créer des « vides juridiques » : *Banque canadienne de l’Ouest*, par. 44.

[65] On a certes resserré les limites de la doctrine de l’exclusivité des compétences, mais on ne l’a pas abolie. La prévisibilité, qui joue un rôle important dans le bon fonctionnement du partage des compétences, exige la reconnaissance du contenu essentiel des pouvoirs exclusifs déjà circonscrits : *Banque canadienne de l’Ouest*, par. 23-24. Et cette doctrine, en principe, ne protège pas uniquement les pouvoirs fédéraux : *Banque canadienne de l’Ouest*. Toutefois, en cas de chevauchement, la tendance moderne consiste à trouver le juste équilibre entre les deux ordres de gouvernement, par l’analyse du caractère véritable des mesures prises et par l’application restreinte de la doctrine de la prépondérance fédérale. Par conséquent, avant d’appliquer la doctrine de l’exclusivité des compétences dans un nouveau domaine, les tribunaux doivent se demander s’il est possible de trancher la question constitutionnelle sur un autre fondement.

[66] Il s’agit en l’espèce de déterminer si la prestation de soins de santé fait partie du contenu essentiel protégé du pouvoir conféré aux provinces par les par. 92(7), (13) et (16) de la *Loi constitutionnelle de 1867* en matière de santé et si elle est de ce fait à l’abri d’une ingérence fédérale. Je conclus qu’il n’en est rien, et ce, pour trois raisons connexes.

[67] Premièrement, la jurisprudence n’a jamais reconnu le contenu essentiel de la compétence provinciale en matière de santé proposé en l’espèce. Cela n’est pas déterminant, car de nouveaux champs de compétence exclusive pourraient éventuellement être reconnus. Toutefois, comme je l’ai dit précédemment, les tribunaux hésitent à circonscrire de nouveaux domaines auxquels s’appliquerait la doctrine de l’exclusivité des compétences.

[68] Deuxièmement, et surtout, les demandeurs en l’espèce n’ont pas réussi à tracer les limites

“core” of an exclusively provincial power. The provincial health power is broad and extensive. It extends to thousands of activities and to a host of different venues. Such a vast core would sit ill with the restrained application of the doctrine called for by the jurisprudence. To complicate the matter, Parliament has power to legislate with respect to federal matters, notably criminal law, that touch on health. For instance, it has historic jurisdiction to prohibit medical treatments that are dangerous, or that it perceives as “socially undesirable” behaviour: *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30; *Morgentaler v. The Queen*, [1976] 1 S.C.R. 616; *R. v. Morgentaler*, [1993] 3 S.C.R. 463. The federal role in the domain of health makes it impossible to precisely define what falls in or out of the proposed provincial “core”. Overlapping federal jurisdiction and the sheer size and diversity of provincial health power render daunting the task of drawing a bright line around a protected provincial core of health where federal legislation may not tread.

[69] Third, application of interjurisdictional immunity to a protected core of the provincial health power has the potential to create legal vacuums. Excluding the federal criminal law power from a protected provincial core power would mean that Parliament could not legislate on controversial medical procedures, such as human cloning or euthanasia. The provinces might choose not to legislate in these areas, and indeed might not have the power to do so. The result might be a legislative vacuum, inimical to the very concept of the division of powers.

[70] In summary, the doctrine of interjurisdictional immunity is narrow. Its premise of fixed watertight cores is in tension with the evolution of Canadian constitutional interpretation towards the more flexible concepts of double aspect and

précises du « contenu essentiel » d’une compétence exclusivement provinciale. La vaste compétence provinciale en matière de santé englobe des milliers d’activités et une multitude d’installations différentes. Un contenu essentiel d’une telle ampleur serait en discordance avec l’application restreinte de la doctrine que préconise la jurisprudence. Pour compliquer les choses, le Parlement a le pouvoir de légiférer dans des matières de compétence fédérale, comme le droit criminel, qui touchent la santé. Ainsi, il a toujours eu le pouvoir d’interdire les traitements médicaux dangereux ou qui, selon lui, constituent une « conduite socialement répréhensible » : *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30; *Morgentaler c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 616; *R. c. Morgentaler*, [1993] 3 R.C.S. 463. Compte tenu du rôle dévolu au fédéral dans le domaine de la santé, il est impossible de définir précisément les éléments que comporterait ou non le « contenu essentiel » provincial proposé. La compétence fédérale concurrente, ainsi que l’ampleur même et la diversité de la compétence provinciale en matière de santé rendent pratiquement insurmontable la tâche de délimiter avec précision un contenu essentiel provincial qui serait protégé de toute incursion fédérale.

[69] Troisièmement, l’application de la doctrine de l’exclusivité des compétences à un contenu essentiel du pouvoir provincial en matière de santé risque de créer des vides juridiques. Exclure l’exercice de la compétence fédérale en matière de droit criminel à l’égard d’un contenu essentiel protégé du pouvoir provincial aurait pour effet d’empêcher le Parlement de légiférer relativement à des interventions médicales controversées comme le clonage humain et l’euthanasie. Les provinces pourraient décider de ne pas légiférer dans ces matières et, en fait, ne pas en avoir le pouvoir. Il pourrait donc en résulter un vide juridique, ce qui irait à l’encontre du concept même du partage des compétences.

[70] Bref, la doctrine de l’exclusivité des compétences a une portée limitée. Le principe des compartiments étanches fixes sur lequel elle repose va à contre-courant de l’évolution de l’interprétation constitutionnelle canadienne, qui tend vers les

cooperative federalism. To apply it here would disturb settled competencies and introduce uncertainties for new ones. Quite simply, the doctrine is neither necessary nor helpful in the resolution of the contest here between the federal government and the provincial government.

D. *Paramountcy*

[71] In the case of a conflict between a federal law and a provincial law, the doctrine of paramountcy means that the federal law prevails to the extent of the inconsistency: *Canadian Western Bank*, at para. 69. While the Attorney General of Canada did not rely on this principle, it merits mention. The doctrine of federal paramountcy applies when there is operational conflict between a federal and provincial law, or when a provincial law would frustrate the purpose of a federal law.

[72] It can be argued that, absent an exemption, the Insite program involves an operational conflict with the federal prohibition on possession of illegal drugs under the *CDSA*. A detailed analysis of paramountcy is unnecessary in this case, however. The complainants concede that if interjurisdictional immunity does not apply, the federal prohibitions on drugs in the *CDSA* apply to Insite, whether by operation of paramountcy or by the requirement that the VCHA exercise its delegated authority within the limits of the criminal law. Indeed, the claimants' *Charter* arguments are premised on the proposition that these prohibitions, absent an exemption, effectively prevent them from operating Insite. It is common ground that absent a constitutional immunity, the federal law constrains operation at Insite and trumps any provincial legislation or policies that conflict with it. It is therefore unnecessary to inquire into whether the conditions for the application of the doctrine of paramountcy and ouster of the provincial scheme are present.

notions plus souples du double aspect et du fédéralisme coopératif. L'appliquer en l'espèce perturberait les compétences bien établies et créerait de l'incertitude quant aux nouvelles. Il n'est tout simplement pas nécessaire ni utile de recourir à cette doctrine en l'espèce pour résoudre le conflit entre les gouvernements fédéral et provincial.

D. *Prépondérance*

[71] Lorsqu'une loi provinciale entre en conflit avec une loi fédérale, la doctrine de la prépondérance veut que la loi fédérale l'emporte dans la mesure de l'incompatibilité : *Banque canadienne de l'Ouest*, par. 69. Bien que le procureur général du Canada n'ait pas invoqué ce principe, il importe de le mentionner. La doctrine de la prépondérance des lois fédérales s'applique lorsque l'application d'une loi provinciale entre en conflit avec celle d'une loi fédérale, ou lorsqu'une loi provinciale contrecarretrait la réalisation de l'objet d'une loi fédérale.

[72] Il est possible de soutenir que, sans exemption, il existe un conflit d'application entre le programme Insite et l'interdiction de possession de drogues illégales établie par la *Loi*. Il n'est toutefois pas nécessaire de procéder à une analyse détaillée de la prépondérance en l'espèce. Les demandeurs concèdent que, dans l'hypothèse où la doctrine de l'exclusivité des compétences ne s'appliquerait pas, les interdictions fédérales relatives aux drogues établies par la *Loi* s'appliqueraient à Insite, par application de la doctrine de la prépondérance ou en raison de l'obligation de la VCHA de respecter les règles de droit criminel dans l'exercice de son pouvoir délégué. En effet, les arguments fondés sur la *Charte* invoqués par les demandeurs reposent sur la prémisse que ces interdictions empêcheraient effectivement Insite de poursuivre ses activités si elle n'obtient pas une exemption. Il est admis que, sans immunité constitutionnelle, les activités d'Insite sont assujetties à la loi fédérale et celle-ci a préséance sur la législation et les politiques provinciales incompatibles. Il n'est donc pas nécessaire de déterminer si les conditions nécessaires pour que la doctrine de la prépondérance s'applique et que le régime provincial soit écarté sont réunies.

E. *Conclusion on Division of Powers*

[73] None of the arguments raised against the constitutional validity or applicability of the *CDSA* withstand scrutiny. I conclude that the criminal prohibitions on possession and trafficking in the *CDSA* are constitutionally valid and applicable to Insite under the division of powers.

VI. *Charter Claims*

[74] Three *Charter* claims fall for consideration.

[75] Ms. Tomic, Mr. Wilson and PHS argue that ss. 4(1) and 5(1) of the *CDSA*, which prohibit possession and trafficking respectively, are invalid because they limit the claimants' s. 7 rights to life, liberty and security of the person and are not in accordance with the principles of fundamental justice.

[76] In the alternative, they assert that their s. 7 rights have been infringed by the Minister's refusal to extend the exemption for Insite from the application of the federal drug laws.

[77] Finally, VANDU submits that the *CDSA*'s prohibition on possession of drugs limits the s. 7 *Charter* rights of all addicted drug users everywhere, not just at Insite.

[78] Before addressing these arguments, it is necessary to consider Canada's preliminary submission that if the claimants' division of powers arguments fail, their *Charter* arguments must also fail.

A. *Relationship Between the Division of Powers Claim and the Charter Claims*

[79] Canada submits that if this Court concludes that the *CDSA* is valid and applies to Insite under the division of powers, the *Charter* arguments must also fail.

E. *Conclusion sur la question du partage des compétences*

[73] Aucun des arguments contre la validité constitutionnelle ou l'applicabilité de la *Loi* ne résiste à l'examen. Je conclus que les interdictions criminelles de possession et de trafic établies par la *Loi* sont valides sur le plan constitutionnel et que, du point de vue du partage des compétences, elles sont applicables à Insite.

VI. *Les allégations fondées sur la Charte*

[74] Trois allégations fondées sur la *Charte* doivent être examinées.

[75] M^{me} Tomic, M. Wilson et PHS soutiennent que les par. 4(1) et 5(1) de la *Loi*, qui interdisent respectivement la possession et le trafic, sont invalides parce qu'ils restreignent les droits des demandeurs à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne protégés par l'art. 7 et qu'ils ne sont pas conformes aux principes de justice fondamentale.

[76] À titre subsidiaire, ils plaident que le ministre a porté atteinte à leurs droits garantis par l'art. 7 en refusant de reconduire l'exemption soustrayant Insite à l'application des lois fédérales antidrogue.

[77] Enfin, VANDU prétend que l'interdiction de possession de drogues établie par la *Loi* restreint les droits garantis par l'art. 7 de la *Charte* de tous les toxicomanes, et pas seulement de ceux qui fréquentent Insite.

[78] Avant de trancher ces questions, je dois examiner l'argument préliminaire du Canada selon lequel, si les arguments relatifs au partage des compétences invoqués par les demandeurs sont rejetés, ceux fondés sur la *Charte* doivent aussi être rejetés.

A. *Le lien entre le partage des compétences et les allégations fondées sur la Charte*

[79] Selon le Canada, si la Cour conclut que, du point de vue du partage des compétences, la *Loi* est valide et applicable à Insite, les arguments fondés sur la *Charte* doivent également être rejetés.

[80] Canada asserts that if the *CDSA* is valid federal legislation, then the Province has no legal jurisdiction to operate Insite without federal approval. The idea appears to be that absent a federal exemption, the provincial government does not have the legal authority to provide the safe injection service. It is that constitutional inability, not the *CDSA*, that threatens Insite's delivery of health services. Therefore, the *CDSA* cannot be said to deprive the claimants of any right. Canada also supports its preliminary objection as "a novel variation on the rule that 'one part of the Constitution cannot be abrogated or diminished by another part of the Constitution'" (A.F., at para. 93, citing *New Brunswick Broadcasting Co. v. Nova Scotia (Speaker of the House of Assembly)*, [1993] 1 S.C.R. 319, at p. 373). The idea here seems to be that if the *CDSA* is valid and applicable, upholding *Charter* claims would amount to an internal contradiction within the Constitution.

[81] The answer to the first part of this argument is that the Province does in fact have the constitutional power to establish Insite without federal approval. No one argues that the provision of the health services offered by Insite is not within the provincial health power. The claimants seek a federal exemption from operation of the *CDSA*, not because this is necessary to validate the Province's decision to operate Insite as a health service, but because it is necessary as a practical matter to implement the decision. Insite cannot operate without a federal exemption, not for lack of constitutional powers in the Province, but for the practical reason that neither workers nor clients will come to the facility, making it effectively impossible to offer the proposed health services. Thus, the premise of Canada's argument — that the Province has no legal jurisdiction to operate Insite without federal approval — fails.

[80] Le Canada fait valoir que, si la *Loi* est une loi fédérale valide, la province n'a pas la compétence juridique pour faire fonctionner Insite sans l'approbation du gouvernement fédéral. Suivant la thèse qu'il avance, à défaut d'une exemption fédérale, le gouvernement provincial n'a pas le pouvoir juridique de fournir le service d'injection supervisée. Ce serait cette incapacité constitutionnelle, et non la *Loi*, qui met en péril la prestation des services de santé par Insite. Par conséquent, on ne peut affirmer que la *Loi* prive les demandeurs de quelque droit que ce soit. Le Canada présente son objection préliminaire comme [TRADUCTION] « une nouvelle variante de la règle selon laquelle "une partie de la Constitution ne peut être abrogée ou atténuée par une autre partie de la Constitution" » (m.a., par. 93, et renvoie à ce titre à l'arrêt *New Brunswick Broadcasting Co. c. Nouvelle-Écosse (Président de l'Assemblée législative)*, [1993] 1 R.C.S. 319, p. 373). Ce raisonnement consisterait semble-t-il à dire que, si la *Loi* est valide et applicable, faire droit aux allégations fondées sur la *Charte* équivaudrait à une contradiction interne dans la Constitution.

[81] Pour répondre à la première partie de cet argument, la province a, en fait, le pouvoir constitutionnel d'établir Insite sans approbation fédérale. Personne ne prétend que les services de santé offerts par Insite ne relèvent pas de la compétence provinciale en matière de santé. Les demandeurs sollicitent une exemption fédérale de l'application de la *Loi*, non pas pour valider la décision de la province d'exploiter Insite à titre de service de santé, mais parce que cette exemption est nécessaire, en pratique, à la mise en œuvre de cette décision. Si Insite ne peut fonctionner sans obtenir une exemption fédérale, ce n'est pas parce que la province ne possède pas les pouvoirs constitutionnels nécessaires, mais pour la simple raison pratique que ni les employés ni les clients ne se présenteront au centre, de sorte que celui-ci sera incapable dans les faits d'offrir les services de santé qu'il propose. Par conséquent, la prémisse sur laquelle le Canada fonde son argument, soit l'incompétence de la province pour exploiter Insite sans approbation fédérale, ne tient pas.

[82] More broadly, the principle that one part of the Constitution cannot be abrogated or diminished by another part of the Constitution is of no assistance in dealing with division of powers issues on the one hand, and *Charter* issues on the other. There is no conflict between saying a federal law is validly adopted under s. 91 of the *Constitution Act, 1867*, and asserting that the same law, in purpose or effect, deprives individuals of rights guaranteed by the *Charter*. The *Charter* applies to all valid federal and provincial laws. Indeed, if the *CDSA* were *ultra vires* the federal government, there would be no law to which the *Charter* could apply. Laws must conform to the constitutional division of powers and to the *Charter*.

[83] I conclude that the claimants' lack of success on the division of powers issues does not doom their claim that the law deprives them of a s. 7 *Charter* right. Any deprivation of s. 7 rights arises, not because the province is constitutionally unable to establish *Insite*, but because of the application of ss. 4(1) and 5(1) of the *CDSA* to *Insite*.

B. Challenge to Sections 4(1) and 5(1) of the *CDSA*

[84] The inquiry into the validity of legislation under s. 7 of the *Charter* requires us to ask: (1) whether ss. 4(1) or 5(1) of the *CDSA* limit the right of the claimants to life, liberty or security of the person (i.e. the "deprivation" or "engagement" issue); and (2) if so, whether that limitation is in accordance with the principles of fundamental justice: *Chaoulli v. Quebec (Attorney General)*, 2005 SCC 35, [2005] 1 S.C.R. 791, at para. 109, *per* McLachlin C.J. and Major J., *Malmo-Levine*, at para. 83.

- (1) Are the Claimants' Section 7 Interests Engaged by the Prohibition on Possession of Drugs in Section 4(1) of the *CDSA*?

[85] Section 7 of the *Charter* states that everyone "has the right to life, liberty and security of

[82] D'un point de vue plus général, le principe selon lequel une partie de la Constitution ne peut pas être abrogée ou atténuée par une autre partie de la Constitution n'est d'aucune utilité pour trancher les questions de partage des compétences et les questions relatives à la *Charte*. Il n'y a aucune contradiction entre affirmer qu'une loi fédérale a été validement adoptée en vertu de l'art. 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867* et prétendre que cette même loi, par son objet ou ses effets, prive des personnes de leurs droits garantis par la *Charte*. La *Charte* s'applique à toutes les lois fédérales et provinciales valides. En fait, si la *Loi* outrepassait les pouvoirs fédéraux, elle n'existerait pas et ne pourrait donc pas être assujettie à la *Charte*. Les lois doivent être conformes à la fois au partage constitutionnel des compétences et à la *Charte*.

[83] Je conclus que le rejet de l'argumentation des demandeurs fondée sur le partage des compétences ne compromet pas l'issue de leur allévation que la *Loi* porte atteinte à leurs droits garantis par l'art. 7 de la *Charte*. Pareille atteinte découlerait non pas de l'incapacité constitutionnelle de la province à mettre sur pied *Insite*, mais de l'application à *Insite* des par. 4(1) et 5(1) de la *Loi*.

B. Contestation de la validité des par. 4(1) et 5(1) de la *Loi*

[84] Pour apprécier la validité de la *Loi* au regard de l'art. 7 de la *Charte*, il faut se demander : (1) si les par. 4(1) ou 5(1) de la *Loi* portent atteinte aux droits des demandeurs à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne (c.-à-d. s'il y a « atteinte » ou si la *Charte* entre « en jeu »); (2) dans l'affirmative, si cette atteinte est conforme aux principes de justice fondamentale : *Chaoulli c. Québec (Procureur général)*, 2005 CSC 35, [2005] 1 R.C.S. 791, par. 109 (la juge en chef McLachlin et le juge Major), *Malmo-Levine*, par. 83.

- (1) L'interdiction de possession de drogues établie par le par. 4(1) de la *Loi* met-elle en jeu les droits garantis aux demandeurs par l'art. 7?

[85] Aux termes de l'art. 7 de la *Charte*, chacun « a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa

the person”. A law that interferes with any of these rights may be said to “engage” s. 7 of the *Charter* or constitute a “deprivation” under s. 7.

[86] I begin with the offence of possession of prohibited drugs under s. 4(1) of the *CDSA*. The question is whether it engages or limits the s. 7 rights of Insite staff and/or clients.

[87] I turn first to the argument that s. 7 is engaged because of the impact of s. 4(1) of the *CDSA* on staff. The argument is that the prohibition on possession of proscribed drugs on Insite’s premises engages the liberty interests of the staff of Insite, because it exposes them to the threat of being imprisoned for carrying out their duties. This constitutes a direct limit on the s. 7 rights of staff.

[88] The actions of the staff at Insite could be construed as the offence of possession. The definition of possession of prohibited drugs under the *CDSA* is broad enough to encompass the activities of staff at Insite. “Possession” in the *CDSA* is defined with reference to s. 4(3) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, which provides:

4. . . .

(3) For the purposes of this Act,

(a) a person has anything in possession when he has it in his personal possession or knowingly

(i) has it in the actual possession or custody of another person, or

(ii) has it in any place, whether or not that place belongs to or is occupied by him, for the use or benefit of himself or of another person; and

(b) where one of two or more persons, with the knowledge and consent of the rest, has anything in his custody or possession, it shall be deemed to be in the custody and possession of each and all of them.

[89] I conclude that, without a s. 56 exemption, s. 4(1) applies to the staff of Insite because, by

personne ». On peut dire qu’une loi qui restreint l’un ou l’autre de ces droits « met en jeu » cette disposition ou constitue une « atteinte » au sens de cette dernière.

[86] Je traiterai d’abord de l’infraction de possession de drogues interdites prévue au par. 4(1) de la *Loi*. La question est de savoir si cette disposition met en jeu ou restreint les droits que l’art. 7 garantit au personnel et aux clients d’Insite.

[87] Débutons par l’argument selon lequel l’art. 7 entre en jeu en raison de l’incidence du par. 4(1) de la *Loi* sur le personnel. L’interdiction de possession de drogues interdites dans les locaux d’Insite ferait entrer en jeu le droit à la liberté des membres du personnel, parce qu’elle les expose au risque d’être incarcérés pour avoir accompli leurs tâches. Il s’agit là d’une limite directe aux droits garantis au personnel par l’art. 7.

[88] Les actes accomplis par le personnel d’Insite pourraient être interprétés comme constituant l’infraction de possession. La définition de la possession de drogues interdites figurant dans la *Loi* est suffisamment large pour englober les activités du personnel d’Insite. Dans la *Loi*, la « possession » est définie par renvoi au par. 4(3) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, qui est ainsi libellé :

4. . . .

(3) Pour l’application de la présente loi :

a) une personne est en possession d’une chose lorsqu’elle l’a en sa possession personnelle ou que, sciemment :

(i) ou bien elle l’a en la possession ou garde réelle d’une autre personne,

(ii) ou bien elle l’a en un lieu qui lui appartient ou non ou qu’elle occupe ou non, pour son propre usage ou avantage ou celui d’une autre personne;

b) lorsqu’une de deux ou plusieurs personnes, au su et avec le consentement de l’autre ou des autres, a une chose en sa garde ou possession, cette chose est censée en la garde et possession de toutes ces personnes et de chacune d’elles.

[89] Je conclus que, sans une exemption prévue à l’art. 56, le par. 4(1) s’applique au personnel d’Insite

operating the premises — opening the doors and welcoming prohibited drugs inside — the staff responsible for the centre may be “in possession” of drugs brought in by clients. They have knowledge of the presence of drugs, and consent to their presence in the facility over which they have control.

[90] The evidence is clear that staff do not buy drugs or assist with their injection. Yet their minimal involvement with clients’ drugs may bring them within the legal concept of illegal possession of drugs, contrary to s. 4(1) of the *CDSA*. As such, the availability of a penalty of imprisonment in ss. 4(3) to 4(6) of the *CDSA* engages the liberty interests of staff: *Malmö-Levine*, at para. 84. The threat to the liberty of the staff in turn impacts on the s. 7 rights of clients who seek the health services provided by Insite.

[91] The record supports the conclusion that, without an exemption from the application of the *CDSA*, the health professionals who provide the supervised services at Insite will be unable to offer medical supervision and counselling to Insite’s clients. This deprives the clients of Insite of potentially lifesaving medical care, thus engaging their rights to life and security of the person. The result is that the limits on the s. 7 rights of staff will in turn result in limits on the s. 7 rights of clients.

[92] The application of s. 4(1) to the clients of Insite also directly engages their s. 7 interests. In order to make use of the lifesaving and health-protecting services offered at Insite, clients must be allowed to be in possession of drugs on the premises. To prohibit possession by drug users *anywhere* engages their liberty interests; to prohibit possession at Insite engages their rights to life and to security of the person.

[93] The trial judge made crucial findings of fact that support the conclusion that denial of access to

parce que, en exploitant les lieux — c’est-à-dire en ouvrant les portes et en acceptant l’introduction de drogues interdites à l’intérieur —, le personnel responsable du centre peut être « en possession » des drogues apportées par les clients. Les drogues se trouvent au su du personnel du centre, et avec son consentement, dans un lieu qu’il contrôle.

[90] La preuve démontre clairement que les membres du personnel n’achètent pas de drogues et ne prennent aucune part active à leur injection. Néanmoins, même leur contact minimal avec les drogues des clients pourrait être inclus dans le concept juridique de possession de drogues interdite par le par. 4(1) de la *Loi*. Par conséquent, les peines d’emprisonnement prévues aux par. 4(3) à 4(6) de la *Loi* mettent en jeu leur droit à la liberté : *Malmö-Levine*, par. 84. Cette menace à la liberté des membres du personnel compromet à son tour les droits garantis par l’art. 7 aux clients qui se présentent au centre pour y recevoir des services de santé.

[91] Le dossier permet de conclure que, sans exemption les soustrayant à l’application de la *Loi*, les professionnels de la santé d’Insite ne pourraient offrir les services de supervision médicale et de counseling aux clients, qui seraient ainsi privés de soins médicaux susceptibles de leur sauver la vie. Par conséquent, le droit des clients à la vie et à la sécurité de leur personne est en jeu. Ainsi, la restriction des droits garantis aux membres du personnel par l’art. 7 a pour effet de restreindre les droits garantis aux clients par l’art. 7.

[92] L’application du par. 4(1) aux clients d’Insite met également en jeu directement leurs droits protégés par l’art. 7. Pour pouvoir bénéficier des services offerts par Insite, qui protègent leur vie et leur santé, les clients doivent être autorisés à posséder des drogues sur place. Interdire *en tout lieu* la possession de drogues aux toxicomanes met en jeu leur droit à la liberté; leur interdire la possession de drogues dans l’enceinte d’Insite met en jeu leurs droits à la vie et à la sécurité de leur personne.

[93] Le juge de première instance a tiré des conclusions de fait cruciales qui étayent la thèse

the health services provided at Insite violates its clients' s. 7 rights to life, liberty and security of the person. He found that many of the health risks of injection drug use are caused by unsanitary practices and equipment, and not by the drugs themselves. He also found that "[t]he risk of morbidity and mortality associated with addiction and injection is ameliorated by injection in the presence of qualified health professionals" (para. 87). Where a law creates a risk to health by preventing access to health care, a deprivation of the right to security of the person is made out: *Morgentaler* (1988), at p. 59, per Dickson C.J., and pp. 105-6, per Beetz J.; *Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R. 519, at p. 589, per Sopinka J.; *Chaoulli*, at para. 43, per Deschamps J., and, at paras. 118-19, per McLachlin C.J. and Major J.; *R. v. Parker* (2000), 188 D.L.R. (4th) 385 (Ont. C.A.). Where the law creates a risk not just to the health but also to the lives of the claimants, the deprivation is even clearer.

[94] I conclude that s. 4(1) of the *CDSA* limits the s. 7 rights of staff and clients of Insite.

[95] However, I am unable to conclude that the claimants have shown that the prohibition on trafficking in s. 5(1) of the *CDSA* constitutes a limitation of their s. 7 rights to life and security of the person, on the record before us. The clients of Insite are not involved in trafficking. They do not obtain their drugs at the facility, and are not permitted to engage in activities that could be construed as trafficking while they are on the premises.

[96] Nor are the staff of Insite involved in trafficking. Canada concedes that trafficking charges would not lie against the staff of Insite for their legitimate activities on the premises. Staff members do not handle drugs at Insite, except to safely remove and hand over to the police any substances left behind by clients. Delivering leftover drugs to the police does not constitute possession, let

selon laquelle refuser l'accès aux services de santé fournis dans les locaux d'Insite enfreint les droits de ses clients à la vie, à la liberté et à la sécurité de leur personne protégés par l'art. 7. Il a conclu que de nombreux risques pour la santé liés à la consommation de drogues injectables découlent des pratiques et du matériel non hygiéniques et non pas des drogues elles-mêmes. Également, selon lui, [TRADUCTION] « [e]n s'injectant des drogues en présence de professionnels de la santé qualifiés, le toxicomane réduit ses risques de morbidité et de mortalité » (par. 87). Une loi qui crée un risque pour la santé en empêchant l'accès à des soins porte atteinte au droit à la sécurité de la personne : *Morgentaler* (1988), p. 59, le juge en chef Dickson, et p. 105-106, le juge Beetz; *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519, p. 589, le juge Sopinka; *Chaoulli*, par. 43, la juge Deschamps, et par. 118-119, la juge en chef McLachlin et le juge Major; *R. c. Parker* (2000), 188 D.L.R. (4th) 385 (C.A. Ont.). Lorsque la loi crée un risque non seulement pour la santé, mais aussi pour la vie des demandeurs, l'atteinte est d'autant plus manifeste.

[94] Je conclus que le par. 4(1) de la *Loi* restreint les droits garantis par l'art. 7 aux membres du personnel et aux clients d'Insite.

[95] Je ne peux toutefois conclure, au vu du dossier qui nous a été présenté, que les demandeurs ont démontré que l'interdiction de trafic prévue au par. 5(1) de la *Loi* restreint les droits à la vie et à la sécurité de leur personne que leur garantit l'art. 7. Les clients d'Insite ne participent pas au trafic. Ils ne se procurent pas leurs drogues au centre et n'ont pas le droit de se livrer, dans l'enceinte du centre, à des activités qui pourraient être interprétées comme du trafic.

[96] Le personnel d'Insite n'est pas non plus mêlé au trafic. Le Canada reconnaît qu'aucune accusation de trafic ne pourrait être portée contre le personnel d'Insite qui se livre aux activités légitimes du centre. Les membres du personnel ne manipulent pas de drogues sur place, sauf pour ramasser de façon sécuritaire et remettre aux policiers la drogue inutilisée par les clients. La remise à la police de la

alone trafficking: *R. v. York*, 2005 BCCA 74, 193 C.C.C. (3d) 331; *R. v. Spooner* (1954), 109 C.C.C. 57 (B.C.C.A.); *R. v. Hess (No. 1)* (1948), 94 C.C.C. 48 (B.C.C.A.); *R. v. Ormerod*, [1969] 4 C.C.C. 3 (Ont. C.A.).

(2) Canada's Argument on Choice

[97] Canada argues that any negative health risks drug users may suffer if Insite is unable to provide them with health services, are not caused by the CDSA's prohibition on possession of illegal drugs, but rather are the consequence of the drug users' decision to use illegal drugs.

[98] Canada's position, deconstructed, reveals three distinct strands.

[99] The first strand is that from a factual perspective, personal choice, not the law, is the cause of the death and disease Insite prevents. Canada's difficulty is that this assertion contradicts the uncontested factual findings of the trial judge. The trial judge found that addiction is an illness, characterized by a loss of control over the need to consume the substance to which the addiction relates (para. 87).

[100] This does not negate the fact that some addicts may retain some power of choice. Insite is premised on the assumption that at least some addicts will be capable of making the choice to consume drugs in the safety of the facility and under the supervision of its staff. The range of services offered at the facility, from peer counselling to detox, assume at least a limited capacity on the part of some people to choose not to consume drugs.

[101] The ability to make some choices, whether with the aid of Insite or otherwise, does not negate the trial judge's findings on the record before him that addiction is a disease in which the central feature is impaired control over the use of the addictive substance (para. 142). At trial, Pitfield J.

drogue ainsi abandonnée sur les lieux ne constitue pas de la possession, et encore moins du trafic : *R. c. York*, 2005 BCCA 74, 193 C.C.C. (3d) 331; *R. c. Spooner* (1954), 109 C.C.C. 57 (C.A.C.-B.); *R. c. Hess (No. 1)* (1948), 94 C.C.C. 48 (C.A.C.-B.); *R. c. Ormerod*, [1969] 4 C.C.C. 3 (C.A. Ont.).

(2) L'argument du Canada sur l'exercice d'un choix

[97] Le Canada prétend que les risques pour la santé que courraient les toxicomanes si Insite était incapable de leur fournir des services de santé ne découlent pas de l'interdiction de possession de drogues illégales établie par la *Loi*, mais plutôt de la décision des toxicomanes de consommer des drogues illégales.

[98] La thèse du Canada, une fois décortiquée, comporte trois volets distincts.

[99] Premièrement, d'un point de vue factuel, c'est un choix personnel et non la loi qui causerait la mort et les maladies qu'Insite vise à prévenir. Le problème que pose cette affirmation du Canada réside dans le fait qu'elle contredit les conclusions factuelles non contestées du juge de première instance. Selon lui, la dépendance est une maladie, caractérisée par le besoin incontrôlable de consommer la substance créant la dépendance (par. 87).

[100] Cela n'exclut pas la possibilité que quelques toxicomanes soient encore capables de faire des choix. Les services d'Insite ont été conçus en tenant pour acquis qu'au moins quelques toxicomanes ont la capacité de choisir de consommer de la drogue dans l'enceinte sécuritaire du centre, sous la supervision de son personnel. La gamme des services offerts, qui vont de l'aide aux pairs à la désintoxication, présuppose une capacité limitée chez certaines personnes de choisir de ne pas consommer de drogue.

[101] La capacité de faire certains choix, avec l'aide d'Insite ou autrement, ne réfute pas les conclusions tirées par le juge de première instance, au vu du dossier dont il disposait, selon lesquelles la dépendance est une maladie caractérisée principalement par le manque de contrôle de la personne

adopted the definition of addiction developed by the Canadian Society of Addiction Medicine:

A primary, chronic disease, characterized by impaired control over the use of a psychoactive substance and/or behaviour. Clinically, the manifestations occur along biological, psychological, sociological and spiritual dimensions. Common features are change in mood, relief from negative emotions, provision of pleasure, pre-occupation with the use of substance(s) or ritualistic behaviour(s); and continued use of the substance(s) and/or engagement in behaviour(s) despite adverse physical, psychological and/or social consequences. Like other chronic diseases, it can be progressive, relapsing and fatal. [para. 48]

That finding was not challenged here. Indeed, Canada conceded at trial that addiction is an illness.

[102] The second strand of Canada's choice argument is a moral argument that those who commit crimes should be made to suffer the consequences. On this point it suffices to say that whether a law limits a *Charter* right is simply a matter of the purpose and effect of the law that is challenged, not whether the law is right or wrong. The morality of the activity the law regulates is irrelevant at the initial stage of determining whether the law engages a s. 7 right.

[103] The third way to view Canada's choice argument is as a matter of government policy. Canada argues that the decision to allow supervised injection is a policy question, and thus immune from *Charter* review.

[104] The answer, once again, is that policy is not relevant at the stage of determining whether a law or state action limits a *Charter* right. The place for such arguments is when considering the principles

qui en souffre sur la consommation de la substance dont elle est dépendante (par. 142). Au procès, le juge Pitfield a adopté la définition de la dépendance élaborée par la Société médicale canadienne sur l'addiction :

[TRADUCTION] Maladie primaire chronique, caractérisée par une perte de contrôle sur le recours à des substances psychoactives et sur le comportement. Sur le plan clinique, les manifestations touchent les aspects biologiques, psychologiques, sociologiques et spirituels. Les éléments centraux sont des changements d'humeur, le soulagement d'émotions négatives, la recherche du plaisir, une préoccupation liée à l'emploi de la ou des substances ou à des comportements ritualistes, et un usage continu de la ou des substances ou la perpétuation du ou des comportements en dépit de conséquences néfastes du point de vue physique, psychologique et social. Comme d'autres maladies chroniques, la toxicomanie peut être évolutive, récurrente et fatale. [par. 48]

Cette conclusion n'a pas été contestée en l'espèce. En effet, le Canada a reconnu au procès que la dépendance est une maladie.

[102] Le deuxième volet de l'argument du Canada sur la liberté de choix, qui est d'ordre moral, veut que ceux qui commettent des crimes en subissent les conséquences. À ce sujet, il suffit de dire que la question de savoir si une loi restreint un droit garanti par la *Charte* ne porte que sur l'objet et l'effet de la mesure législative, et ne concerne pas le fait qu'elle soit bonne ou mauvaise. La moralité de l'activité réglementée n'est pas pertinente au stade initial qui consiste à déterminer si la loi met en jeu un droit garanti par l'art. 7.

[103] Le troisième volet de l'argument du Canada sur l'exercice d'un choix envisage la question sous l'angle de la politique générale du gouvernement. Le Canada soutient que la décision de permettre les injections supervisées relève de la politique générale du gouvernement et est de ce fait soustraite à un examen fondé sur la *Charte*.

[104] Encore une fois, la politique générale n'est pas pertinente lorsqu'il s'agit de déterminer si une mesure législative ou un acte de l'État restreint un droit garanti par la *Charte*. Ce genre d'argument

of fundamental justice or at the s. 1 stage of justification if a *Charter* breach has been established.

[105] The issue of illegal drug use and addiction is a complex one which attracts a variety of social, political, scientific and moral reactions. There is room for disagreement between reasonable people concerning how addiction should be treated. It is for the relevant governments, not the Court, to make criminal and health policy. However, when a policy is translated into law or state action, those laws and actions are subject to scrutiny under the *Charter*: *Chaoulli*, at para. 89, *per* Deschamps J., at para. 107, *per* McLachlin C.J. and Major J., and at para. 183, *per* Binnie and LeBel JJ.; *Rodriguez*, at pp. 589-90, *per* Sopinka J. The issue before the Court at this point is not whether harm reduction or abstinence-based programmes are the best approach to resolving illegal drug use. It is simply whether Canada has limited the rights of the claimants in a manner that does not comply with the *Charter*.

[106] I conclude that, whatever form it takes, Canada's assertion that choice rather than state conduct is the cause of the health hazards Insite seeks to address and the claimants' resultant deprivation must be rejected.

(3) Is the Deprivation in Accordance With the Principles of Fundamental Justice?

[107] For the reasons just discussed, I conclude that the prohibition on possession in s. 4(1) of the *CDSA* limits the s. 7 interests of the claimants and others like them. The next question is whether this limitation is in accordance with the principles of fundamental justice.

est plutôt pris en compte à l'étape de l'examen de la conformité avec les principes de justice fondamentale ou, si une violation de la *Charte* a été établie, à celle de la justification exigée par l'article premier.

[105] La consommation de drogues illégales et la dépendance à celles-ci est une question complexe qui suscite diverses réactions sur les plans social, politique, scientifique et moral. Des personnes raisonnables peuvent ne pas s'entendre sur la façon de traiter la dépendance. C'est aux gouvernements habilités à le faire, et non à la Cour, qu'il revient d'élaborer des politiques en matière criminelle et en matière de santé. Toutefois, lorsqu'une politique se traduit par une mesure législative ou un acte de l'État, cette mesure législative ou cet acte peut faire l'objet d'un examen fondé sur la *Charte* : *Chaoulli*, par. 89, la juge Deschamps; par. 107, la juge en chef McLachlin et le juge Major, et par. 183, les juges Binnie et LeBel; *Rodriguez*, p. 589-590, le juge Sopinka. La question dont est saisie la Cour à ce stade-ci n'est pas de savoir lesquels des programmes de réduction des méfaits ou de ceux fondés sur l'abstinence constituent le meilleur moyen de résoudre le problème de la consommation de drogues illégales. Il s'agit simplement de savoir si le Canada a restreint les droits des demandeurs d'une manière qui contrevient à la *Charte*.

[106] Je conclus qu'il faut rejeter, quelle qu'en soit la forme, l'affirmation du Canada selon laquelle les risques pour la santé qu'Insite cherche à atténuer et l'atteinte qui s'ensuit aux droits des demandeurs résultent d'un choix et non de la conduite de l'État.

(3) La conformité de l'atteinte avec les principes de justice fondamentale

[107] Pour les motifs que je viens d'exposer, je conclus que l'interdiction de possession établie par le par. 4(1) de la *Loi* porte atteinte aux droits que l'art. 7 garantit aux demandeurs et aux personnes qui se trouvent dans la même situation. La prochaine question est celle de la conformité de cette atteinte avec les principes de justice fondamentale.

[108] The claimants argue that the prohibition on possession of illegal drugs in s. 4(1) of the *CDSA* is not in accordance with the principles of fundamental justice because it is arbitrary, disproportionate in its effects, and overbroad. They say it is arbitrary because, when applied to Insite, it is not only inconsistent with the goals of the *CDSA*, but undermines them. They submit that it is disproportionate in its effects, as it causes significant harm to the clients of Insite and those like them, while providing no commensurate benefit. And they assert that it is overbroad because its application to Insite is unnecessary to meet the state's objectives.

[109] The difficulty with this submission is that it considers s. 4(1) in isolation, rather than in the context of other provisions of the *CDSA*, notably s. 56. If the Act consisted solely of blanket prohibitions with no provision for exemptions for necessary medical or scientific use of drugs, the assertions that it is arbitrary, overbroad and disproportionate in its effects might gain some traction. However, the Act contains not only a prohibition on possession of illegal drugs, but a provision, s. 56, that empowers the Minister to grant exemptions from the prohibition to health service providers like Insite. The constitutional validity of s. 4(1) of the Act cannot be determined without considering the provisions in the Act designed to relieve against unconstitutional or unjust applications of that prohibition.

[110] The scheme of the *CDSA* reveals that it has two purposes: the protection of public health and the maintenance of public safety. The public safety purpose of the Act is achieved by the prohibition on possession and trafficking in listed substances. The public health purpose of the statute is achieved not only by the prohibitions in ss. 4(1) and 5(1), which seek to avert the use of dangerous substances, but also by the provision of regulations guiding exemptions for and the use of listed substances for

[108] Les demandeurs soutiennent que l'interdiction de possession de drogues illégales établie par le par. 4(1) de la *Loi* ne respecte pas les principes de justice fondamentale en raison de son caractère arbitraire, de ses effets disproportionnés et de sa portée excessive. Selon eux, cette interdiction serait arbitraire parce que, lorsqu'elle est appliquée à Insite, non seulement elle n'est pas compatible avec les objets de la *Loi*, mais elle nuit à leur réalisation. Les demandeurs prétendent que ses effets sont disproportionnés, car elle cause un tort considérable aux clients d'Insite et aux personnes qui se trouvent dans la même situation, sans procurer d'avantage équivalent. Ils prétendent de plus que sa portée est excessive parce qu'il n'est pas nécessaire de l'appliquer à Insite pour atteindre les objectifs de l'État.

[109] La faiblesse de cet argument tient à ce qu'il isole le par. 4(1) des autres dispositions de la *Loi*, notamment de l'art. 56. Si la *Loi* ne consistait qu'en interdictions générales et ne comprenait aucune disposition prévoyant des exemptions relativement à l'utilisation de drogues à des fins médicales ou scientifiques, les affirmations voulant qu'elle soit arbitraire, sa portée excessive et ses effets disproportionnés pourraient avoir plus de poids. Or, la *Loi* ne comprend pas seulement une interdiction de possession de drogues illégales, mais également une disposition, l'art. 56, qui habilite le ministre à accorder des exemptions pour soustraire des fournisseurs de soins de santé comme Insite à l'interdiction de possession de drogues. On ne peut apprécier la validité constitutionnelle du par. 4(1) sans tenir compte des dispositions de la *Loi* conçues pour remédier aux applications inconstitutionnelles ou inéquitables de cette interdiction.

[110] Le régime de la *Loi* révèle qu'elle a deux objets : la protection de la santé publique et le maintien de la sécurité publique. Son objet de maintien de la sécurité publique est réalisé par l'interdiction de posséder les substances énumérées et d'en faire le trafic. Son objet de protection de la santé publique est réalisé non seulement par les interdictions prévues aux par. 4(1) et 5(1), qui visent à prévenir l'utilisation de substances dangereuses, mais également par le pouvoir de réglementation prévu à

medical and scientific purposes in ss. 55 and 56 of the Act.

[111] Section 55(1) provides that “[t]he Governor in Council may make regulations for carrying out the purposes and provisions of this Act, including the regulation of the medical, scientific and industrial applications and distribution of controlled substances”. There follows a lengthy non-exhaustive list of matters in respect of which regulations may be made, including regulations exempting a person or class of person from the application of the Act: s. 55(1)(z).

[112] Section 56 gives the Minister of Health a broad discretion to grant exemptions from the application of the Act “if, in the opinion of the Minister, the exemption is necessary for a medical or scientific purpose or is otherwise in the public interest”.

[113] The availability of exemptions acts as a safety valve that prevents the *CDSA* from applying where such application would be arbitrary, over-broad or grossly disproportionate in its effects.

[114] I conclude that while s. 4(1) of the *CDSA* engages the s. 7 *Charter* rights of the individual claimants and others like them, it does not violate s. 7. This is because the *CDSA* confers on the Minister the power to grant exemptions from s. 4(1) on the basis, *inter alia*, of health. Indeed, if one were to set out to draft a law that combats drug abuse while respecting *Charter* rights, one might well adopt just this type of scheme — a prohibition combined with the power to grant exemptions. If there is a *Charter* problem, it lies not in the statute but in the Minister’s exercise of the power the statute gives him to grant appropriate exemptions.

[115] The claimants’ s. 7 challenge to the *CDSA* accordingly fails.

l’art. 55 et par les exemptions prévues à l’art. 56 concernant l’utilisation des substances énumérées à des fins médicales et scientifiques.

[111] Le paragraphe 55(1) prévoit que « [l]e gouverneur en conseil peut, par règlement, prendre les mesures nécessaires à l’application de la présente loi, y compris en matière [. . .] d’applications médicales, scientifiques et industrielles et de distribution des substances désignées ». Vient ensuite une longue liste non exhaustive de sujets à l’égard desquels des règlements peuvent être pris, notamment des règlements soustrayant une personne ou une catégorie de personnes à l’application de la *Loi* : al. 55(1)z.

[112] L’article 56 confère au ministre de la Santé un vaste pouvoir discrétionnaire d’accorder des exemptions de l’application de la *Loi* « [s]’il estime que des raisons médicales, scientifiques ou d’intérêt public le justifient ».

[113] La possibilité d’accorder des exemptions sert de soupape empêchant l’application de la *Loi* dans les cas où son application serait arbitraire, ses effets exagérément disproportionnés ou sa portée excessive.

[114] Je conclus que, bien que le par. 4(1) de la *Loi* mette en jeu les droits garantis par l’art. 7 de la *Charte* aux demandeurs et aux autres personnes qui se trouvent dans la même situation, il ne contrevient pas à l’art. 7. Il en est ainsi parce que la *Loi* confère au ministre le pouvoir d’accorder des exemptions de l’application du par. 4(1), notamment pour des motifs de santé. En fait, si on décidait de rédiger une loi qui combat la toxicomanie tout en respectant les droits garantis par la *Charte*, on pourrait fort bien adopter précisément ce type de régime — une interdiction conjuguée au pouvoir d’accorder des exemptions. S’il y a un problème lié à la *Charte*, il ne réside pas dans la loi, mais dans l’exercice par le ministre de son pouvoir légal d’accorder les exemptions appropriées.

[115] Les allégations d’invalidité de la *Loi* fondées sur l’art. 7 doivent donc être rejetées.

C. *Has the Minister's Decision Violated the Claimants' Section 7 Rights?*

[116] The main issue, as the appeal was argued, was the constitutionality of the *CDSA* itself. I have concluded that, properly interpreted, the statute is valid. This leaves the question of the Minister's decision to refuse an exemption. A preliminary issue arises whether the Court should consider this issue. In the special circumstances of this case, I conclude that it should. The claimants pleaded in the alternative that, if the *CDSA* were valid, the Minister's decision violated their *Charter* rights. The issue was raised at the hearing and the parties afforded an opportunity to address it. It is therefore properly before us and the Attorney General of Canada cannot complain that it would be unfair to deal with it. Most importantly, justice requires us to consider this issue. The claimants have established that their s. 7 rights are at stake. They should not be denied a remedy and sent back for another trial on this point simply because it is the Minister's decision and not the statute that causes the breach when the matter has been pleaded and no unfairness arises.

[117] The discretion vested in the Minister of Health is not absolute: as with all exercises of discretion, the Minister's decisions must conform to the *Charter*: *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 SCC 1, [2002] 1 S.C.R. 3. If the Minister's decision results in an application of the *CDSA* that limits the s. 7 rights of individuals in a manner that is not in accordance with the *Charter*, then the Minister's discretion has been exercised unconstitutionally.

[118] I note that this case is different from *Parker*, where the Ontario Court of Appeal held that the general prohibition on possession of marijuana was not saved by the availability of an exemption for possession for medical purposes under s. 56. No decision of the Minister was at stake in *Parker*,

C. *La décision du ministre a-t-elle porté atteinte aux droits des demandeurs garantis par l'art. 7?*

[116] La principale question soulevée dans le pourvoi, tel qu'il a été plaidé, est celle de la validité constitutionnelle de la *Loi* même. J'ai conclu que la *Loi*, interprétée correctement, est valide. Reste donc la question de la décision du ministre de refuser une exemption. La Cour doit décider, à titre préliminaire, si elle devrait examiner cette question. Dans les circonstances particulières de l'espèce, je conclus qu'elle devrait le faire. Les demandeurs ont plaidé, à titre subsidiaire, au cas où la *Loi* serait valide, que la décision du ministre a porté atteinte à leurs droits protégés par la *Charte*. Cette question a été soulevée lors de l'audition et les parties ont eu l'occasion de présenter leur point de vue à cet égard. La Cour est donc dûment saisie de cette question et le procureur général du Canada ne peut prétendre qu'il serait injuste qu'elle la tranche. Mais surtout, la justice commande que la Cour l'examine. Les demandeurs ont établi que leurs droits garantis par l'art. 7 sont en jeu. Ils ne peuvent être privés d'un recours et contraints à la tenue d'un nouveau procès sur ce point, simplement parce que c'est la décision du ministre et non la *Loi* même qui a porté atteinte à leurs droits, alors que la question a été plaidée et que l'équité n'est pas compromise.

[117] La discrétion laissée au ministre de la Santé n'est pas absolue : comme c'est toujours le cas de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire, les décisions du ministre doivent respecter la *Charte* : *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CSC 1, [2002] 1 R.C.S. 3. Si la décision du ministre fait en sorte que l'application de la *Loi* restreint les droits garantis par l'art. 7 d'une manière qui contrevient à la *Charte*, l'exercice du pouvoir discrétionnaire du ministre est inconstitutionnel.

[118] Je souligne que la présente affaire diffère de l'affaire *Parker*, dans laquelle la Cour d'appel de l'Ontario a conclu que l'interdiction générale de possession de marijuana n'était pas validée par la possibilité, prévue à l'art. 56, d'accorder une exemption relative à la possession pour raisons

and the Court's conclusion rested on findings of the trial judge that, at that time, "the availability of the exemption was illusory" (para. 174).

(1) Has the Minister Made a Decision?

[119] The Attorney General of Canada argues that the Minister has not violated s. 7 because the Minister has not yet made a decision whether to grant a s. 56 exemption to Insite. He also submits that the decision of the British Columbia Courts that ss. 4(1) and 5(1) of the *CDSA* are unconstitutional prevents the Minister from exercising his powers to grant an exemption under s. 56. Although the declaration of unconstitutionality has been suspended and a temporary constitutional exemption granted to Insite by judicial order, the Minister says it would be improper for him to exercise his s. 56 discretion until the constitutionality of the *CDSA* has been finally resolved by this Court.

[120] In my view, the record establishes that the Minister *has* made a decision on the request for an exemption for Insite, and that that decision was to refuse the exemption.

[121] The essential facts are as follows. The first exemption for Insite, which lasted three years, was effective as of September 12, 2003. The Minister granted a temporary extension on September 11, 2006, to expire December 31, 2007. On October 2, 2007, the exemption was extended for another six months to June 30, 2008. In his letters to the VCHA granting the exemption, the Minister stated that the extensions were to be for the purpose of allowing time for additional research on the impact of Insite on prevention, treatment and crime. In the course of the summary trial, on May 2, 2008, the VCHA sent an application to Health Canada formally requesting an extension of the exemption for another three years. The application was supported by the provincial Minister of Health. Health Canada responded on December 19, 2008, after

médicales. Dans *Parker*, aucune décision du ministre n'était en cause et la conclusion de la cour reposait sur des constatations du juge de première instance selon lesquelles [TRADUCTION] « la possibilité d'accorder une exemption était illusoire » (par. 174).

(1) Le ministre a-t-il rendu une décision?

[119] Le procureur général du Canada prétend que le ministre n'a pas violé l'art. 7, puisqu'il n'a pas encore décidé s'il accordera une exemption à Insite en vertu de l'art. 56. Il ajoute que la décision des tribunaux de la Colombie-Britannique selon laquelle les par. 4(1) et 5(1) de la *Loi* sont inconstitutionnels empêche le ministre d'exercer son pouvoir d'accorder une exemption en vertu de l'art. 56. Bien que cette déclaration d'inconstitutionnalité ait été suspendue et qu'une exemption constitutionnelle temporaire ait été accordée à Insite par une ordonnance judiciaire, le ministre affirme qu'il ne conviendrait pas qu'il exerce le pouvoir discrétionnaire qui lui est conféré par l'art. 56 tant que la Cour n'aura pas rendu de décision définitive sur la constitutionnalité de la *Loi*.

[120] Selon moi, le dossier établit que le ministre *a* rendu une décision concernant la demande d'exemption à l'égard d'Insite et qu'il a décidé de refuser l'exemption.

[121] Les faits essentiels sont les suivants. La première exemption accordée relativement à Insite est entrée en vigueur le 12 septembre 2003, pour une durée de trois ans. Le 11 septembre 2006, le ministre l'a prolongée temporairement jusqu'au 31 décembre 2007. Le 2 octobre 2007, il a accordé une nouvelle prolongation de six mois, reportant l'expiration de l'exemption au 30 juin 2008. Dans les lettres envoyées à la VCHA pour lui accorder l'exemption, le ministre a déclaré que les prolongations visaient à permettre la réalisation de recherches additionnelles quant à l'incidence d'Insite sur la prévention, le traitement et la criminalité. Au cours du procès sommaire, le 2 mai 2008, la VCHA a envoyé à Santé Canada une demande formelle de prolongation de trois ans. Cette demande était appuyée par le

the trial judge had rendered his judgment. It stated that, in view of the result at trial, an exemption was not required at that time.

[122] However, before December 2008, the Minister indicated that he had decided not to grant the exemption. The then federal Minister of Health, Tony Clement, spoke to the Standing Committee on Health on May 29, 2008. He had at that point received the report of the Expert Advisory Committee, a formal application for a continued exemption, and a statement of support for Insite from the provincial Minister of Health. The federal Minister's comments can be summarized briefly: he approved of the other services Insite was providing, but not supervised injection. He felt that the scientific evidence with respect to its effectiveness was mixed, but that the "public policy is clear", and that "the site itself represents a failure of public policy" (12:40 (online)). He disagreed with the experts who saw Insite as a public health success, and stated he intended to appeal the trial judge's decision. These comments, coupled with the failure to accord an exemption, amount to an effective refusal of the application.

[123] The Attorney General of Canada draws our attention to this statement by the Minister near the end of his presentation to the Committee:

Indeed, I want to state for the record, if I might, that should another exemption application come forward, I have a duty to once again look at all the evidence and once again turn my mind to it in a way that gives due process. So I'm not resigning from that obligation that I have as health minister. [13:20 (online)]

This statement can be interpreted only in one way. The Minister was rejecting the formal application that was then before him, while asserting he would consider any new application "in a way that gives due process".

ministre provincial de la Santé. Santé Canada a répondu le 19 décembre 2008, après que le juge de première instance a rendu son jugement. Santé Canada a déclaré que, compte tenu de l'issue du procès, l'octroi d'une exemption n'était alors pas nécessaire.

[122] Toutefois, avant décembre 2008, le ministre avait indiqué qu'il avait décidé de ne pas accorder l'exemption. Le ministre fédéral de la Santé d'alors, Tony Clement, s'est adressé au Comité permanent de la santé le 29 mai 2008. Il avait alors reçu le rapport du comité consultatif d'experts, une demande officielle d'exemption permanente et une déclaration d'appui à Insite de la part du ministre provincial de la Santé. Les commentaires du ministre fédéral peuvent être résumés brièvement : il approuvait les services qu'Insite dispensait, sauf le service d'injection supervisée. Selon lui, la preuve scientifique relative à son efficacité était mitigée, mais la « politique publique est claire », et « le centre lui-même témoigne d'un échec de la politique publique » (12:40 (en ligne)). Il ne souscrivait pas à l'opinion des experts selon laquelle Insite était une réussite sur le plan de la santé publique et a déclaré qu'il avait l'intention d'interjeter appel de la décision du juge de première instance. Ces commentaires, conjugués au défaut d'accorder une exemption, équivalent de fait à un rejet de la demande.

[123] Le procureur général du Canada attire notre attention sur la déclaration suivante faite par le ministre vers la fin de son exposé au Comité :

En effet, je tiens à souligner, si vous me le permettez, que, si une autre exemption est accordée, j'aurai de nouveau le devoir de passer en revue toutes les preuves et d'y réfléchir afin de respecter la procédure régulière de la loi. Je ne me soustrais donc pas à cette obligation qui m'est imposée en ma qualité de ministre de la Santé. [13:20 (en ligne)]

Cette déclaration ne peut être interprétée que d'une seule façon. Le ministre rejetait la demande officielle dont il était alors saisi et a affirmé qu'il examinerait toute nouvelle demande et y réfléchirait « afin de respecter la procédure régulière de la loi ».

[124] To recap, the Minister had before him a formal application dated May 2, 2008. He was obliged, as he conceded, to consider all applications. The Minister treated the application before him as denied; it was spent, and a duty to reconsider could only be triggered by a new application. The only rational conclusion is that the Minister had considered the application for an exemption that was then before him, and had decided not to grant it.

[125] More broadly, Canada's submission that there has been no decision to refuse the s. 56 application is in tension with its argument that this case is essentially about conflicting policy choices. Implicit in this is the concession that the federal government, through the Minister of Health, has made a policy choice to deny exemption under s. 56 of the *CDSA*.

(2) Are the Claimants' Section 7 Rights Engaged by the Minister's Decision?

[126] The last ministerial exemption expired on June 30, 2008. Absent the judicial exemption granted by Pitfield J. and extended by the Court of Appeal, the prohibition contained in s. 4(1) of the *CDSA* would apply to Insite. For the reasons discussed above, the application of s. 4(1) to the staff engages the staff's liberty interests, and engages the security of the person and life interests of the clients of Insite. I conclude that the Minister's rejection of the application for a s. 56 exemption likewise engages the s. 7 rights of the claimants. The only reason Insite users have continued to receive its health services is because of a temporary remedial order made by the trial judge, pending completion of these proceedings. A judicial order directed at preserving the *status quo* pending resolution of a dispute does not prevent the claimants from asserting their s. 7 rights.

[124] Pour résumer, le ministre était saisi d'une demande officielle datée du 2 mai 2008. Il était obligé, comme il l'a concédé, d'examiner toutes les demandes. Le ministre a traité la demande dont il était saisi comme rejetée; elle était caduque, et seule une nouvelle demande pouvait l'obliger à réexaminer la question. La seule conclusion rationnelle est que le ministre avait examiné la demande d'exemption dont il était alors saisi et avait décidé de la rejeter.

[125] D'une manière plus générale, la prétention du Canada qu'aucune décision de rejeter la demande présentée en vertu de l'art. 56 n'a été rendue est en discordance avec son argument selon lequel la présente affaire porte essentiellement sur des choix de politique conflictuels. Par cet argument, il admet implicitement que le gouvernement fédéral, par l'entremise du ministre de la Santé, a fait le choix politique de refuser d'accorder l'exemption prévue à l'art. 56 de la *Loi*.

(2) La décision du ministre met-elle en jeu les droits garantis aux demandeurs par l'art. 7?

[126] La dernière exemption ministérielle a pris fin le 30 juin 2008. Si ce n'était de l'exemption judiciaire accordée par le juge Pitfield et prolongée par la Cour d'appel, l'interdiction établie par le par. 4(1) de la *Loi* s'appliquerait à Insite. Pour les motifs que j'ai déjà exposés, l'application du par. 4(1) aux membres du personnel met en jeu leurs droits à la liberté et met en jeu les droits des clients d'Insite à la vie et à la sécurité de leur personne. Je conclus que le rejet par le ministre de la demande d'exemption présentée en vertu de l'art. 56 met aussi en jeu les droits garantis aux demandeurs par l'art. 7. La seule raison pour laquelle les usagers d'Insite ont continué de bénéficier de ses services de santé est une ordonnance réparatrice temporaire rendue par le juge de première instance en attendant la fin du présent pourvoi. La délivrance d'une ordonnance judiciaire visant à maintenir le statu quo en attendant l'issue d'un conflit n'empêche pas les demandeurs de faire valoir leurs droits garantis par l'art. 7.

(3) Does the Minister's Refusal to Grant an Exemption to Insite Accord With the Principles of Fundamental Justice?

[127] The next question is whether the Minister's decision that the *CDSA* applies to Insite is in accordance with the principles of fundamental justice. On the basis of the facts established at trial, which are consistent with the evidence available to the Minister at the relevant time, I conclude that the Minister's refusal to grant Insite a s. 56 exemption was arbitrary and grossly disproportionate in its effects, and hence not in accordance with the principles of fundamental justice.

[128] As noted above, the Minister, when exercising his discretion under s. 56, must respect the rights guaranteed by the *Charter*. This means that, where s. 7 rights are at stake, any limitations imposed by ministerial decision must be in accordance with the principles of fundamental justice. The Minister cannot simply deny an application for a s. 56 exemption on the basis of policy *simpliciter*; insofar as it affects *Charter* rights, his decision must accord with the principles of fundamental justice.

(a) *Arbitrariness*

[129] When considering whether a law's application is arbitrary, the first step is to identify the law's objectives. Decisions of the Minister under s. 56 of the *CDSA* must target the purpose of the Act. The legitimate state objectives of the *CDSA* (then the *Narcotic Control Act*, R.S.C. 1986, c. N-1) were identified by this Court in *Malmo-Levine* as the protection of health and public safety.

[130] The second step is to identify the relationship between the state interest and the impugned law, or, in this case, the impugned decision of the Minister. The relationship between the general prohibition on possession in the *CDSA* and the state

(3) Le refus du ministre d'accorder une exemption à Insite est-il conforme aux principes de justice fondamentale?

[127] La prochaine question consiste à savoir si la décision du ministre d'appliquer la *Loi* à Insite a été rendue en conformité avec les principes de justice fondamentale. Les faits établis au procès, qui concordent avec la preuve dont le ministre disposait à l'époque pertinente, m'amènent à conclure que le refus du ministre d'accorder à Insite l'exemption prévue à l'art. 56 était arbitraire, avait des effets exagérément disproportionnés et, par conséquent, ne respectait pas les principes de justice fondamentale.

[128] Rappelons que, lorsqu'il exerce le pouvoir discrétionnaire que lui confère l'art. 56, le ministre doit respecter les droits garantis par la *Charte*. Cela signifie que, lorsque les droits garantis par l'art. 7 sont en jeu, toute restriction découlant d'une décision ministérielle doit être imposée en conformité avec les principes de justice fondamentale. Le ministre ne peut pas rejeter simplement une demande d'exemption présentée en vertu de l'art. 56 pour de simples raisons de politique; dans la mesure où elle a une incidence sur les droits garantis par la *Charte*, la décision du ministre doit être conforme aux principes de justice fondamentale.

a) *Le caractère arbitraire*

[129] Pour déterminer si l'application de la *Loi* est arbitraire, la première étape consiste à déterminer quels sont les objectifs de la *Loi*. Les décisions du ministre prises en vertu de l'art. 56 de la *Loi* doivent viser l'objet de la *Loi*. Selon la Cour, dans *Malmo-Levine*, les objectifs étatiques légitimes de la *Loi* (alors la *Loi sur les stupéfiants*, L.R.C. 1985, ch. N-1) sont la protection de la santé et de la sécurité publiques.

[130] La deuxième étape consiste à déterminer quel est le lien entre l'intérêt de l'État et la mesure législative contestée ou, en l'occurrence, la décision contestée du ministre. Le lien entre l'interdiction générale de

objective was recognized in *Malmo-Levine* with respect to marihuana:

The criminalization of possession is a statement of society's collective disapproval of the use of a psychoactive drug such as marihuana . . . , and, through Parliament, the continuing view that its use should be deterred. The prohibition is not arbitrary but is rationally connected to a reasonable apprehension of harm. In particular, criminalization seeks to take marihuana out of the hands of users and potential users, so as to prevent the associated harm and to eliminate the market for traffickers. [para. 136]

The question is whether the decision that the *CDSA* applies to the activities at Insite bears the same relationship to the state objective. As noted above, the burden is on the claimants to establish that the limit imposed by the law is not in accordance with the principles of fundamental justice.

[131] The trial judge's key findings in this regard are consistent with the information available to the Minister, and are those on which successive federal Ministers have relied in granting exemption orders over almost five years, including the facts that: (1) traditional criminal law prohibitions have done little to reduce drug use in the DTES; (2) the risk to injection drug users of death and disease is reduced when they inject under the supervision of a health professional; and (3) the presence of Insite did not contribute to increased crime rates, increased incidents of public injection, or relapse rates in injection drug users. On the contrary, Insite was perceived favourably or neutrally by the public; a local business association reported a reduction in crime during the period Insite was operating; the facility encouraged clients to seek counselling, detoxification and treatment. Most importantly, the staff of Insite had intervened in 336 overdoses since 2006, and no overdose deaths had occurred at the facility. (See trial judgment, at paras. 85 and 87-88.) These findings suggest not only that exempting Insite from the application of the possession prohibition does not undermine the

possession établie par la *Loi* et l'objectif de l'État a été reconnu dans *Malmo-Levine* relativement à la marihuana :

La criminalisation de la possession est l'expression de la désapprobation collective de notre société pour la consommation d'une drogue psychoactive telle la marihuana [. . .] et, par l'entremise du Parlement, de l'opinion persistante que la consommation de cette substance doit être découragée. L'interdiction n'a pas un caractère arbitraire, mais est rationnellement liée à une crainte raisonnable de préjudice. Plus particulièrement, la criminalisation de la marihuana vise à priver de cette substance les consommateurs actuels et potentiels, de façon à prévenir le préjudice associé à sa consommation et à éliminer le marché de la marihuana pour les trafiquants. [par. 136]

Il s'agit de savoir si la décision d'appliquer la *Loi* aux activités se déroulant au centre Insite est liée de la même façon à l'objectif de l'État. Comme je l'ai déjà souligné, c'est aux demandeurs qu'il revient d'établir que la restriction imposée par la loi n'est pas conforme aux principes de justice fondamentale.

[131] Les constatations essentielles du juge de première instance à cet égard concordent avec la preuve dont disposait le ministre et sont celles sur lesquelles se sont appuyés les ministres fédéraux successifs pour accorder des exemptions pendant près de cinq ans, par exemple : (1) les interdictions traditionnelles du droit criminel ont peu fait pour diminuer la consommation de drogues dans le quartier DTES; (2) le risque de décès et de maladie auquel les toxicomanes sont exposés est réduit lorsque leurs injections sont supervisées par des professionnels de la santé; (3) la présence d'Insite n'a pas contribué à une augmentation du taux de criminalité, à une augmentation des injections en public, ni à une augmentation du taux de rechute chez les consommateurs de drogues injectables. Au contraire, le public a une opinion favorable ou neutre d'Insite; une association régionale de gens d'affaires a déclaré qu'il y avait eu une diminution de la criminalité pendant la période de fonctionnement d'Insite; le centre encourageait les clients à avoir recours à des services de counselling, de désintoxication et de traitement. Mais surtout, le personnel d'Insite est intervenu dans 336 cas de

objectives of public health and safety, but furthers them.

[132] The jurisprudence on arbitrariness is not entirely settled. In *Chaoulli*, three justices (*per* McLachlin C.J. and Major J.) preferred an approach that asked whether a limit was “necessary” to further the state objective (paras. 131-32). Conversely, three other justices (*per* Binnie and LeBel JJ.), preferred to avoid the language of necessity and instead approved of the prior articulation of arbitrariness as where “[a] deprivation of a right . . . bears no relation to, or is inconsistent with, the state interest that lies behind the legislation” (para. 232). It is unnecessary to determine which approach should prevail, because the government action at issue in this case qualifies as arbitrary under both definitions.

(b) *Gross Disproportionality*

[133] The application of the possession prohibition to Insite is also grossly disproportionate in its effects. Gross disproportionality describes state actions or legislative responses to a problem that are so extreme as to be disproportionate to any legitimate government interest: *Malmo-Levine*, at para. 143. Insite saves lives. Its benefits have been proven. There has been no discernable negative impact on the public safety and health objectives of Canada during its eight years of operation. The effect of denying the services of Insite to the population it serves is grossly disproportionate to any benefit that Canada might derive from presenting a uniform stance on the possession of narcotics.

surdose depuis 2006, et aucun décès occasionné par une surdose ne s’est produit au centre. (Voir le jugement de première instance, par. 85 et 87-88.) Ces conclusions donnent à penser qu’exempter Insite de l’application de l’interdiction de possession non seulement n’entrave pas, mais favorise la réalisation des objectifs de protection de la santé et de la sécurité publiques.

[132] La jurisprudence sur le caractère arbitraire n’est pas clairement fixée. Dans *Chaoulli*, trois juges (opinion rédigée par la juge en chef McLachlin et le juge Major) ont choisi une approche consistant à se demander si une restriction est « nécessaire » à la réalisation de l’objectif de l’État (par. 131-132). À l’inverse, trois autres juges (opinion rédigée par les juges Binnie et LeBel), ont préféré éviter l’idée du caractère nécessaire et ont choisi l’ancienne formulation du critère du caractère arbitraire : « L’atteinte à un droit devient arbitraire [. . .] lorsqu’elle est dépourvue de lien avec l’intérêt de l’État qui sous-tend la mesure législative en cause, ou dans le cas d’incompatibilité avec cet intérêt » (par. 232). Il n’est pas nécessaire de déterminer en l’espèce quelle démarche doit l’emporter, car l’une et l’autre mènent à la conclusion que l’acte gouvernemental en cause est arbitraire.

b) *La disproportion exagérée*

[133] L’application de l’interdiction de possession à Insite a des effets exagérément disproportionnés. Les actes de l’État ou les réponses du législateur à un problème sont exagérément disproportionnés lorsqu’ils sont à ce point extrêmes qu’ils sont disproportionnés à tout intérêt légitime du gouvernement : *Malmo-Levine*, par. 143. Insite sauve des vies. Ses bienfaits ont été prouvés. Au cours de ses huit années d’exploitation, Insite n’a eu aucune incidence négative observable sur les objectifs en matière de sécurité et de santé publiques du Canada. Priver la population des services d’Insite a un effet exagérément disproportionné par rapport aux avantages que le Canada peut tirer d’une position uniforme sur la possession de stupéfiants.

(c) *Overbreadth*

[134] Having found the Minister's decision arbitrary and its effects grossly disproportionate, I need not consider this aspect of the argument.

[135] I conclude that, on the basis of the factual findings of the trial judge, the claimants have met the evidentiary burden of showing that the failure of the Minister to grant a s. 56 exemption to Insite is not in accordance with the principles of fundamental justice.

(4) Conclusion on the Challenge to Minister's Decision

[136] The Minister made a decision not to extend the exemption from the application of the federal drug laws to Insite. The effect of that decision, but for the trial judge's interim order, would have been to prevent injection drug users from accessing the health services offered by Insite, threatening the health and indeed the lives of the potential clients. The Minister's decision thus engages the claimants' s. 7 interests and constitutes a limit on their s. 7 rights. Based on the information available to the Minister, this limit is not in accordance with the principles of fundamental justice. It is arbitrary, undermining the very purposes of the *CDSA*, which include public health and safety. It is also grossly disproportionate: the potential denial of health services and the correlative increase in the risk of death and disease to injection drug users outweigh any benefit that might be derived from maintaining an absolute prohibition on possession of illegal drugs on Insite's premises.

D. *Section 1*

[137] If a s. 1 analysis were required, a point not argued, no s. 1 justification could succeed. The goals of the *CDSA*, as I have stated, are the maintenance and promotion of public health and safety. The Minister's decision to refuse the exemption

c) *La portée excessive*

[134] Ayant conclu que la décision du ministre était arbitraire et que son effet était exagérément disproportionné, je n'ai pas à examiner cet aspect de la question.

[135] Je conclus que, compte tenu des conclusions factuelles du juge de première instance, les demandeurs se sont acquittés du fardeau qui leur incombeait de prouver que le refus du ministre d'accorder à Insite l'exemption prévue à l'art. 56 n'est pas conforme aux principes de justice fondamentale.

(4) Conclusion sur la contestation de la décision du ministre

[136] Le ministre a décidé de ne pas prolonger l'exemption soustrayant Insite à l'application des lois fédérales antidrogue. N'eût été l'ordonnance intérimaire du juge de première instance, cette décision aurait eu pour effet d'empêcher les consommateurs de drogues injectables d'avoir accès aux services de santé offerts par Insite, ce qui aurait mis en danger la santé et, en fait, la vie de ces éventuels clients. La décision du ministre met donc en jeu et restreint les droits garantis aux demandeurs par l'art. 7. Compte tenu des renseignements dont disposait le ministre, cette restriction de leurs droits n'est pas conforme aux principes de justice fondamentale. Elle est arbitraire; elle va à l'encontre des objectifs mêmes de la *Loi*, notamment la santé et la sécurité publiques. Elle est également exagérément disproportionnée : l'inaccessibilité éventuelle de services de santé et l'augmentation corrélatrice du risque de décès et de maladie auquel sont exposés les toxicomanes l'emportent sur tout avantage qui pourrait résulter du maintien d'une interdiction absolue de possession de drogues illégales dans les locaux d'Insite.

D. *L'article premier*

[137] S'il était nécessaire d'examiner la décision du ministre au regard de l'article premier — une question qui n'a pas été plaidée —, sa justification ne pourrait être démontrée. J'ai déjà expliqué que les objets de la *Loi* sont la protection et la promotion

bears no relation to these objectives; therefore they cannot justify the infringement of the complainants' s. 7 rights. However one views the matter, the Minister's decision was arbitrary and unsustainable. See *Chaoulli*, at para. 155, *per* McLachlin C.J. and Major J.

[138] Before leaving s. 1, I turn to the Minister's argument that granting a s. 56 exemption to Insite would undermine the rule of law and that denying an exemption is therefore justified.

[139] Canada submits that exempting Insite from the prohibitions in the *CDSA* "would effectively turn the rule of law on its head by dictating that where a particular individual breaks the law with such frequency and persistence that he or she becomes unable to comply with it, it is unconstitutional to apply the law to that person" (A.F., at para. 101). Canada raises the spectre of a host of exempt sites, where the country's drug laws would be flouted with impunity.

[140] The conclusion that the Minister has not exercised his discretion in accordance with the *Charter* in this case is not a licence for injection drug users to possess drugs wherever and whenever they wish. Nor is it an invitation for anyone who so chooses to open a facility for drug use under the banner of a "safe injection facility". The result in this case rests on the trial judge's conclusions that Insite is effective in reducing the risk of death and disease and has had no negative impact on the legitimate criminal law objectives of the federal government. Neither s. 56 of the *CDSA* nor s. 7 of the *Charter* require condonation of crime. They demand only that, in administering the criminal law, the state not deprive individuals of their s. 7 rights to life, liberty and security of the person in a manner that violates the principles of fundamental justice.

de la santé et de la sécurité publiques. Le refus du ministre d'accorder l'exemption n'a aucun lien avec ces objectifs, de sorte qu'ils ne peuvent justifier la restriction des droits des demandeurs protégés par l'art. 7. Peu importe la façon dont on l'envisage, la décision du ministre était arbitraire et indéfendable : voir *Chaoulli*, par. 155, la juge en chef McLachlin et le juge Major.

[138] Avant de clore le sujet de l'article premier, je vais examiner l'argument du ministre que l'octroi à Insite de l'exemption prévue à l'art. 56 ébranlerait la primauté du droit et que, de ce fait, le refus d'accorder une exemption est justifié.

[139] Le Canada prétend qu'exempter Insite des interdictions établies par la *Loi* [TRADUCTION] « aurait pour effet de bouleverser complètement la primauté du droit en rendant inconstitutionnelle l'application de la loi à quiconque l'enfreint avec une régularité et une persistance telles qu'il devient incapable de l'observer » (m.a., par. 101). Le Canada brandit le spectre de la multiplication des sites bénéficiant d'une exemption où l'on bafouerait impunément des lois canadiennes antidrogue.

[140] La conclusion que le ministre n'a pas exercé son pouvoir discrétionnaire en conformité avec la *Charte* en l'espèce n'autorise pas les consommateurs de drogues injectables à posséder des drogues à leur guise, n'importe où et n'importe quand. Il ne s'agit pas non plus d'inviter quiconque le désire à ouvrir un centre de consommation de drogues en le présentant comme un « centre d'injection supervisée ». L'issue de la présente affaire repose sur les conclusions du juge de première instance selon lesquelles l'existence d'Insite permet vraiment de diminuer le risque de décès et de maladie et n'a eu aucune incidence négative sur les objectifs légitimes du gouvernement fédéral en matière de droit criminel. Ni l'article 56 de la *Loi*, ni l'art. 7 de la *Charte* n'exigent que le crime soit toléré. Ils interdisent simplement à l'État d'appliquer le droit criminel d'une manière qui prive une personne de ses droits à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne garantis par l'art. 7, sans respecter les principes de justice fondamentale.

VII. Remedy

[141] Having found that the Minister's refusal to grant an exemption to Insite violates s. 7 in a manner that cannot be justified under s. 1, we must find the appropriate remedy.

[142] What is required is a remedy that vindicates the respondents' *Charter* rights in a responsive and effective manner: *Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education)*, 2003 SCC 62, [2003] 3 S.C.R. 3, at para. 25.

[143] The infringement of the claimants' s. 7 rights is ongoing. The federal exemption for Insite expired on June 30, 2008. The application of the federal drug laws to Insite has been suspended in the interim only by judicial intervention.

[144] The claimants asked for a declaration that the impugned provisions be struck down. Given my conclusion that s. 4(1) of the *CDSA*, considered with s. 56, is constitutionally valid, no remedy lies under s. 52 of the *Constitution Act, 1982*. Where, as here, the concern is a government decision that is inconsistent with the *Charter*, s. 24(1) applies and allows the court to fashion an appropriate remedy: *R. v. 974649 Ontario Inc.*, 2001 SCC 81, [2001] 3 S.C.R. 575, at para. 14 ("*Dunedin*").

[145] Section 24(1) confers a broad discretion on the Court to craft an appropriate remedy that is responsive to the violation of the respondents' *Charter* rights. As the Court said in *Dunedin*:

Section 24(1)'s interpretation necessarily resonates across all *Charter* rights, since a right, no matter how expansive in theory, is only as meaningful as the remedy provided for its breach. From the outset, this Court has characterized the purpose of s. 24(1) as the provision of a "direct remedy" (*Mills v. the Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863, p. 953, *per* McIntyre J.). As Lamer J. stated in *Mills*, "[a] remedy must be easily available and constitutional rights should not be 'smothered in

VII. Réparation

[141] Après avoir conclu que le refus du ministre d'accorder une exemption à Insite viole l'art. 7 d'une manière qui ne peut se justifier au regard de l'article premier, nous devons déterminer quelle est la réparation convenable.

[142] Il doit s'agir d'une réparation qui empêche, de façon efficace et adaptée à la situation, la violation des droits garantis aux défendeurs par la *Charte* : *Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation)*, 2003 CSC 62, [2003] 3 R.C.S. 3, par. 25.

[143] La violation des droits des demandeurs garantis par l'art. 7 subsiste toujours. L'exemption fédérale relative à Insite a pris fin le 30 juin 2008. L'application à Insite des lois fédérales antidrogue n'a été suspendue provisoirement que par l'intervention du tribunal.

[144] Les demandeurs ont demandé la radiation des dispositions contestées. Comme j'ai conclu que le par. 4(1) de la *Loi*, examiné en corrélation avec l'art. 56, est constitutionnellement valide, il n'y a pas lieu d'accorder une réparation en vertu de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Lorsque, comme en l'espèce, il est question d'une décision de l'État qui est incompatible avec la *Charte*, le par. 24(1) s'applique et permet au tribunal de concevoir une réparation convenable : *R. c. 974649 Ontario Inc.*, 2001 CSC 81, [2001] 3 R.C.S. 575, par. 14 (« *Dunedin* »).

[145] Le paragraphe 24(1) confère à la Cour un vaste pouvoir discrétionnaire lui permettant de concevoir une réparation convenable, adaptée à la violation des droits des défendeurs garantis par la *Charte*. Dans *Dunedin*, la Cour a dit ce qui suit :

L'effet de l'interprétation du par. 24(1) se répercute nécessairement sur tous les droits garantis par la *Charte*, puisqu'un droit, aussi étendu soit-il en théorie, est aussi efficace que la réparation prévue en cas de violation, sans plus. Dès le départ, notre Cour a jugé que le par. 24(1) avait pour objet de fournir une « réparation directe » (*Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863, p. 953, le juge McIntyre). Pour reprendre les propos du juge Lamer dans l'arrêt *Mills*, « [l]a réparation doit pouvoir

procedural delays and difficulties” (p. 882). Anything less would undermine the role of s. 24(1) as a cornerstone upon which the rights and freedoms guaranteed by the *Charter* are founded, and a critical means by which they are realized and preserved. [Emphasis in original; para. 20.]

[146] One option would be to issue a declaration that the Minister erred in refusing to grant a further exemption to Insite in May 2008, and return the matter to the Minister to reconsider the matter and make a decision that respects the claimants’ *Charter* rights.

[147] However, this remedy would be inadequate.

[148] The infringement at stake is serious; it threatens the health, indeed the lives, of the claimants and others like them. The grave consequences that might result from a lapse in the current constitutional exemption for Insite cannot be ignored. These claimants would be cast back into the application process they have tried and failed at, and made to await the Minister’s decision based on a reconsideration of the same facts. Litigation might break out anew. A bare declaration is not an acceptable remedy in this case.

[149] Nor is the granting of a permanent constitutional exemption appropriate where the remedy is for a state action, not a law. In any event, such exemptions are to be avoided: *R. v. Ferguson*, 2008 SCC 6, [2008] 1 S.C.R. 96. Moreover, the Minister should not be precluded from withdrawing an exemption to Insite should changed circumstances at Insite so require. The flexibility contemplated by s. 56 of the *CDSA* would be lost.

[150] In the special circumstances of this case, an order in the nature of *mandamus* is warranted. I would therefore order the Minister to grant an exemption to Insite under s. 56 of the *CDSA* forthwith. (This of course would not affect the Minister’s

s’obtenir facilement et les droits constitutionnels ne devraient pas être [TRADUCTION] “étouffés dans les délais et les difficultés de procédure” » (p. 882). Exiger moins minerait le rôle que joue le par. 24(1) en tant que pierre angulaire sur laquelle reposent les droits et libertés garantis par la *Charte* et que mécanisme essentiel à leur concrétisation et à leur protection. [Soulignement dans l’original; par. 20.]

[146] Une solution consisterait à déclarer que le ministre a commis une erreur en refusant de reconduire l’exemption en faveur d’Insite en mai 2008 et à retourner l’affaire au ministre pour qu’il la réexamine et rende une décision qui respecte les droits garantis aux demandeurs par la *Charte*.

[147] Toutefois, cette réparation serait inadéquate.

[148] La violation en cause est grave; elle met en danger la santé, en fait, la vie, des demandeurs et des personnes qui se trouvent dans la même situation. On ne peut faire fi des graves conséquences qui peuvent découler d’une expiration de l’exemption constitutionnelle dont Insite bénéficie actuellement. Les demandeurs seraient engagés à nouveau dans le processus de demande qu’ils avaient entrepris et au bout duquel ils ont échoué, et ils devraient attendre la décision du ministre fondée sur un réexamen des mêmes faits. Un litige pourrait resurgir. Une simple déclaration ne constitue pas une réparation acceptable en l’espèce.

[149] L’octroi d’une exemption constitutionnelle permanente n’est pas non plus une réparation convenable lorsque ce n’est pas une mesure législative, mais un acte de l’État qui enfreint la *Charte*. Quoi qu’il en soit, ce genre d’exemption doit être évité : *R. c. Ferguson*, 2008 CSC 6, [2008] 1 R.C.S. 96. De plus, le ministre ne devrait pas être empêché de retirer une exemption à Insite si un changement de la situation venait à l’exiger. La souplesse visée par l’art. 56 de la *Loi* serait perdue.

[150] Dans les circonstances particulières de l’espèce, une ordonnance de la nature d’un *mandamus* est justifiée. Je suis donc d’avis d’ordonner au ministre d’accorder sur-le-champ à Insite l’exemption prévue à l’art. 56 de la *Loi*. (Le ministre conserve

power to withdraw the exemption should the operation of Insite change such that the exemption would no longer be appropriate.) On the trial judge's findings of fact, the only constitutional response to the application for a s. 56 exemption was to grant it. The Minister is bound to exercise his discretion under s. 56 in accordance with the *Charter*. On the facts as found here, there can be only one response: to grant the exemption. There is therefore nothing to be gained (and much to be risked) in sending the matter back to the Minister for reconsideration.

[151] This does not fetter the Minister's discretion with respect to future applications for exemptions, whether for other premises, or for Insite. As always, the Minister must exercise that discretion within the constraints imposed by the law and the *Charter*.

[152] The dual purposes of the *CDSA* — public health and public safety — provide some guidance for the Minister. Where the Minister is considering an application for an exemption for a supervised injection facility, he or she will aim to strike the appropriate balance between achieving the public health and public safety goals. Where, as here, the evidence indicates that a supervised injection site will decrease the risk of death and disease, and there is little or no evidence that it will have a negative impact on public safety, the Minister should generally grant an exemption.

[153] The *CDSA* grants the Minister discretion in determining whether to grant exemptions. That discretion must be exercised in accordance with the *Charter*. This requires the Minister to consider whether denying an exemption would cause deprivations of life and security of the person that are not in accordance with the principles of fundamental justice. The factors considered in making the decision on an exemption must include evidence, if any, on the impact of such a facility on crime rates, the local conditions indicating a need for such a supervised injection site, the regulatory structure in place to support the facility, the resources available to support its maintenance,

bien sûr le pouvoir de mettre fin à l'exemption, s'il le juge indiqué à la suite d'un changement dans les activités d'Insite.) Compte tenu des conclusions de fait du juge de première instance, la seule réponse constitutionnelle à la demande d'exemption présentée en vertu de l'art. 56 était l'octroi de l'exemption. Le ministre est tenu d'exercer le pouvoir discrétionnaire qui lui est conféré par l'art. 56 en conformité avec la *Charte*. Compte tenu des faits constatés en l'espèce, une seule réponse est possible : l'octroi de l'exemption. Il n'y a donc rien à gagner (et beaucoup à perdre) à renvoyer l'affaire au ministre pour réexamen.

[151] Cette réparation ne porte pas atteinte au pouvoir discrétionnaire du ministre quant aux demandes d'exemption futures visant Insite ou d'autres lieux. Comme toujours, le ministre doit exercer sa discrétion conformément aux limites imposées par la loi et par la *Charte*.

[152] Le double objet de la *Loi* — la santé et la sécurité publiques — oriente le ministre. En examinant une demande d'exemption relativement à un centre d'injection supervisée, il tentera d'établir un juste équilibre entre les objectifs de santé et de sécurité publiques. Dans les cas où, comme en l'espèce, la preuve révèle que l'existence d'un site d'injection supervisée diminuera le risque de décès et de maladie et où il n'existe guère, sinon aucune preuve qu'elle aura une incidence négative sur la sécurité publique, le ministre devrait en règle générale accorder une exemption.

[153] La *Loi* accorde au ministre le pouvoir discrétionnaire de décider s'il faut accorder ou non une exemption. Ce pouvoir discrétionnaire doit être exercé en conformité avec la *Charte*. Le ministre doit donc se demander si le refus d'une exemption porterait atteinte aux droits à la vie et à la sécurité des personnes autrement qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale. Les facteurs pris en compte pour rendre une décision relativement à une exemption doivent comprendre la preuve, si preuve il y a, concernant l'incidence d'un tel centre sur le taux de criminalité, les conditions locales indiquant qu'un centre d'injection supervisée répond à un besoin, la structure réglementaire en

and expressions of community support or opposition.

VIII. VANDU's Cross-Appeal

[154] VANDU, in its cross-appeal, brings a much broader challenge to s. 4(1) of the *CDSA*. VANDU challenges the application of the prohibition on possession to all addicted persons, not only those who are seeking treatment at supervised injection sites. The argument is that because addicted persons have no control over the urge to consume addictive substances, they are forced by fear of arrest and prosecution to procure and consume drugs in a manner that threatens their lives and health, and which causes them a high level of psychological stress. This is a very different argument than that advanced by Ms. Tomic, Mr. Wilson and PHS.

[155] VANDU's contention lacks an adequate basis in the record. The evidence at trial and the factual findings of the trial judge related to the nature of addiction and its attendant dangers, and how Insite responds to those dangers. There is nothing in Pitfield J.'s reasons which would permit this Court to conclude that there is a causal connection between the prohibition on possession and the deprivation of all addicts' s. 7 rights.

IX. Disposition

[156] The *CDSA* is constitutionally valid and applies to the activities at Insite. However, the Minister of Health's actions in refusing to exempt Insite from the operation of the *CDSA* are in violation of the respondents' s. 7 *Charter* rights. The Minister is ordered to grant an exemption for Insite under s. 56 of the *CDSA*.

[157] Canada's appeal is dismissed, as is VANDU's cross-appeal. I would answer the constitutional questions as follows:

place permettant d'encadrer le centre, les ressources disponibles pour voir à l'entretien du centre et les expressions d'appui ou d'opposition de la communauté.

VIII. Le pourvoi incident de VANDU

[154] Dans son pourvoi incident, VANDU conteste de façon beaucoup plus large le par. 4(1) de la *Loi*. VANDU conteste l'application de l'interdiction de possession à tous les toxicomanes, et pas seulement aux personnes qui fréquentent un site d'injection supervisée. VANDU prétend que les toxicomanes, n'ayant aucun contrôle sur leur besoin pressant de consommer des substances créant une dépendance, sont obligés, par crainte d'être arrêtés et poursuivis, de se procurer et de consommer des drogues d'une manière qui met en péril leur vie et leur santé et leur cause une grande tension psychologique. Il s'agit d'un argument très différent de celui formulé par M^{me} Tomic, M. Wilson et PHS.

[155] Le dossier ne contient pas les éléments voulus pour étayer la thèse avancée par VANDU. La preuve présentée au procès et les conclusions factuelles du juge de première instance concernaient la nature de la dépendance, ses dangers concomitants et les mesures prises par Insite pour les contrer. Rien dans les motifs du juge Pitfield ne permet à la Cour de conclure qu'il existe un lien de causalité entre l'interdiction de possession et l'atteinte aux droits garantis par l'art. 7 à l'ensemble des toxicomanes.

IX. Dispositif

[156] La *Loi* est constitutionnellement valide et s'applique aux activités se déroulant à Insite. Toutefois, le refus du ministre de la Santé d'exempter Insite de l'application de la *Loi* viole les droits garantis aux défendeurs par l'art. 7 de la *Charte*. Il est ordonné au ministre d'accorder une exemption à Insite conformément à l'art. 56 de la *Loi*.

[157] Le pourvoi du Canada et le pourvoi incident de VANDU sont rejetés. Je suis d'avis de répondre comme suit aux questions constitutionnelles :

1. Are ss. 4(1) and 5(1) of the *Controlled Drugs and Substances Act*, S.C. 1996, c. 19, constitutionally inapplicable to the activities of staff and users at Insite, a health care undertaking in the Province of British Columbia?

No.

2. Does s. 4(1) of the *Controlled Drugs and Substances Act*, S.C. 1996, c. 19, infringe the rights guaranteed by s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

No.

3. If so, is the infringement a reasonable limit prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

It is not necessary to answer this question.

4. Does s. 5(1) of the *Controlled Drugs and Substances Act*, S.C. 1996, c. 19, infringe the rights guaranteed by s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

No.

5. If so, is the infringement a reasonable limit prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

It is not necessary to answer this question.

X. Costs

[158] The trial judge awarded special costs in favour of the claimants: 2008 BCSC 1453, 91 B.C.L.R. (4th) 389. Such an order was within his discretion, and in my view there is no reason to disturb it.

[159] The respondents will also have their costs on this appeal. There will be no costs on the cross-appeal.

1. Les paragraphes 4(1) et 5(1) de la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances*, L.C. 1996, ch. 19, sont-ils inapplicables constitutionnellement aux activités du personnel et des usagers d'Insite, un centre de services de santé de la Colombie-Britannique?

Non.

2. Le paragraphe 4(1) de la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances*, L.C. 1996, ch. 19, porte-t-il atteinte aux droits garantis à l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Non.

3. Dans l'affirmative, les droits sont-ils restreints par une règle de droit dans des limites qui sont raisonnables et dont la justification peut se démontrer dans une société libre et démocratique, au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Il n'est pas nécessaire de répondre à cette question.

4. Le paragraphe 5(1) de la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances*, L.C. 1996, ch. 19, porte-t-il atteinte aux droits garantis à l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Non.

5. Dans l'affirmative, les droits sont-ils restreints par une règle de droit dans des limites qui sont raisonnables et dont la justification peut se démontrer dans une société libre et démocratique, au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Il n'est pas nécessaire de répondre à cette question.

X. Dépens

[158] Le juge de première instance a adjugé des dépens spéciaux aux demandeurs : 2008 BCSC 1453, 91 B.C.L.R. (4th) 389. Cette ordonnance relevait de son pouvoir discrétionnaire et, selon moi, rien ne justifie qu'elle soit modifiée.

[159] Les intimés auront également droit à leurs dépens dans le présent pourvoi. Il n'y aura pas d'adjudication des dépens relativement au pourvoi incident.

Appeal dismissed with costs. Cross-appeal dismissed without costs.

Solicitors for the appellants/respondents on cross-appeal: Attorney General of Canada, Ottawa.

Solicitors for the respondents PHS Community Services Society, Dean Edward Wilson and Shelly Tomic: Arvay Finlay, Vancouver; Ethos Law Group, Vancouver.

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

Solicitors for the respondent/appellant on cross-appeal: Conroy & Company, Abbotsford.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: Attorney General of Quebec, Ste-Foy.

Solicitors for the intervener the Dr. Peter AIDS Foundation: Fasken Martineau DuMoulin, Vancouver.

Solicitors for the intervener the Vancouver Coastal Health Authority: Davis, Vancouver.

Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: Fasken Martineau DuMoulin, Toronto.

Solicitors for the interveners the Canadian HIV/AIDS Legal Network, International Harm Reduction Association and CACTUS Montréal: McCarthy Tétrault, Vancouver.

Solicitors for the interveners the Canadian Nurses Association, the Registered Nurses' Association of Ontario and the Association of Registered Nurses of British Columbia: Norton Rose OR, Toronto.

Solicitors for the intervener the Canadian Public Health Association: Stockwoods, Toronto.

Solicitors for the intervener the Canadian Medical Association: Borden Ladner Gervais, Ottawa.

Pourvoi rejeté avec dépens. Pourvoi incident rejeté sans dépens.

Procureurs des appelants/intimés au pourvoi incident : Procureur général du Canada, Ottawa.

Procureurs des intimés PHS Community Services Society, Dean Edward Wilson et Shelly Tomic : Arvay Finlay, Vancouver; Ethos Law Group, Vancouver.

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

Procureurs de l'intimé/appelant au pourvoi incident : Conroy & Company, Abbotsford.

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

Procureurs de l'intervenante Dr. Peter AIDS Foundation : Fasken Martineau DuMoulin, Vancouver.

Procureurs de l'intervenante Vancouver Coastal Health Authority : Davis, Vancouver.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles : Fasken Martineau DuMoulin, Toronto.

Procureurs des intervenants le Réseau juridique canadien VIH/sida, International Harm Reduction Association et CACTUS Montréal : McCarthy Tétrault, Vancouver.

Procureurs des intervenantes l'Association des infirmières et infirmiers du Canada, l'Association des infirmières et infirmiers autorisés de l'Ontario et Association of Registered Nurses of British Columbia : Norton Rose OR, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne de santé publique : Stockwoods, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Association médicale canadienne : Borden Ladner Gervais, Ottawa.

Solicitors for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association: Bull, Housser & Tupper, Vancouver.

Solicitors for the intervener the British Columbia Nurses' Union: Victory Square Law Office, Vancouver.

Solicitors for the intervener REAL Women of Canada: Maclaren Corlett, Ottawa.

Procureurs de l'intervenante l'Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique : Bull, Housser & Tupper, Vancouver.

Procureurs de l'intervenante British Columbia Nurses' Union : Victory Square Law Office, Vancouver.

Procureurs de l'intervenante REAL Women of Canada : Maclaren Corlett, Ottawa.

J.M.H. Appellant

v.

Her Majesty The Queen Respondent

and

Director of Public Prosecutions Intervener**INDEXED AS: R. v. J.M.H.****2011 SCC 45**

File No.: 33667.

2011: May 19; 2011: October 6.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Criminal law — Appeals — Powers of Court of Appeal — Evidence — Assessment — Accused charged with two counts of sexual assault — Complainant not disclosing events at time of occurrences but posting poem on line — Trial judge acquitting accused — Court of Appeal overturning acquittals and ordering new trial — Whether trial judge failed to consider evidence as a whole thereby committing error of law — Whether trial judge's allegedly flawed assessment of evidence constitutes error of law allowing appellate review of acquittal — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 676(1)(a).

H was acquitted at trial of two counts of sexual assault on his 17-year-old cousin. A alleged that on two occasions in 2006, H had non-consensual sexual intercourse with her while she was sleeping with him in his bed. A testified that she told H to “stop” both times but that he eventually had intercourse with her. On both occasions, she spent the rest of the night with H in his bed. A did not tell anyone about the occurrences but posted a poem online very soon after the first incident as “an outlet”, and this led to the incidents coming to light. At trial, H denied any sexual contact with A. The trial judge had “absolutely no doubt” that sexual intercourse had taken place between H and A but was not satisfied that A was sexually assaulted without

J.M.H. Appellant

c.

Sa Majesté la Reine Intimée

et

Directeur des poursuites pénales Intervenant**RÉPERTORIÉ : R. c. J.M.H.****2011 CSC 45**

N° du greffe : 33667.

2011 : 19 mai; 2011 : 6 octobre.

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

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

Droit criminel — Appels — Pouvoirs de la Cour d'appel — Preuve — Appréciation — Accusé inculpé de deux chefs d'agression sexuelle — Affichage d'un poème en ligne par la plaignante, qui n'a pas signalé les incidents après qu'ils se soient produits — Acquittements annulés et nouveau procès ordonné par la Cour d'appel — Le juge du procès a-t-il commis une erreur de droit en omettant de prendre en considération l'ensemble de la preuve? — L'appréciation prétendument viciée de la preuve par le juge du procès constitue-t-elle une erreur de droit permettant la révision d'un acquittement par la Cour d'appel? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 676(1)a).

À son procès, H a été acquitté relativement à deux chefs d'agression sexuelle à l'endroit de sa cousine de 17 ans. A prétend que, à deux reprises en 2006, H a eu des rapports sexuels avec elle sans son consentement alors qu'elle était couchée avec lui dans le lit de ce dernier. A a témoigné que, les deux fois, elle lui a dit « arrête », mais qu'il a eu ensuite des rapports sexuels avec elle. Lors des deux événements, elle a passé le reste de la nuit avec H dans son lit. A n'a pas parlé des incidents à qui que ce soit, mais elle a affiché un poème en ligne très peu de temps après le premier incident « en tant qu'exutoire », entraînant ainsi la révélation des incidents. Au procès, H a nié avoir eu quelque contact sexuel que ce soit avec A. Le juge du procès n'avait « absolument aucun doute » que

her consent. The Court of appeal concluded that the trial judge erred in law in mishandling the evidence by taking a “piecemeal” approach incompatible with his obligation to consider the cumulative effect of all relevant evidence.

Held: The appeal should be allowed and the acquittals restored.

While it is an error of law for a trial judge to assess the evidence piecemeal, the trial judge’s reasons here did not disclose any such error. The Court of Appeal misapprehended the record when it faulted the judge for not referring to A’s testimony on the issue of consent, as he did so on at least three occasions. Moreover, the trial judge did not have to “reject” A’s evidence in order to be left with a reasonable doubt arising from the whole of the evidence. In fact, he gave extensive reasons as to why he was left with a reasonable doubt on consent. There was also no basis for concluding that the trial judge used small excerpts from the poem out of context. He quoted the poem as a whole and then drew attention to language that raised concerns in his mind. Finally, the Court of Appeal erred in concluding that a couple of brief excerpts from the poem had “tipped” the balance in favour of acquittal. The trial judge’s concerns regarding consent were based on the evidence of the relationship between H and A, the testimony of A’s sister about how many times she had been in H’s bed, and the fact that A had returned both times to the same bed in which she had been violated. The judge’s references to the poem excerpts were in the context of his references to other aspects of the evidence, and he explicitly stated that he was taking account of all the circumstances of the case in reaching his conclusion.

The Crown’s right of appeal from an acquittal of an indictable offence is limited to “any ground of appeal that involves a question of law alone”. The jurisprudence currently recognizes at least four types of cases in which alleged mishandling of the evidence may constitute an error of law alone giving rise to a Crown appeal of an acquittal; this may not be an exhaustive list. First, it is an error of law to make a finding of fact for which there is no evidence. However, a conclusion that the trier of fact has a reasonable doubt is not a finding of fact for the purposes of this rule. Second, the legal effect of findings of fact or of undisputed facts may raise a question of law. Third, an assessment of the

H et A avaient eu des relations sexuelles, mais il n’était pas convaincu que A avait été agressée sexuellement sans son consentement. La Cour d’appel a conclu que le juge du procès avait commis une erreur de droit en traitant la preuve de façon inadéquate, à savoir en procédant à une analyse « fragmentaire » incompatible avec son obligation de prendre en considération l’effet cumulatif de tous les éléments de preuve pertinents.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli et les acquittements sont rétablis.

Bien que le juge président un procès commette une erreur de droit en analysant la preuve de façon fragmentaire, les motifs du juge du procès en l’espèce ne révèlent aucune erreur de ce genre. La Cour d’appel a mal interprété le dossier en reprochant au juge de ne pas faire allusion au témoignage de A sur la question du consentement, car il l’a évoqué au moins trois fois. De plus, le juge du procès n’avait pas à « rejeter » le témoignage de A pour qu’il subsiste dans son esprit un doute raisonnable soulevé par l’ensemble de la preuve. En fait, il a motivé abondamment le doute raisonnable qui subsistait dans son esprit quant au consentement. En outre, il n’y avait aucune raison de conclure que le juge du procès avait utilisé hors contexte de courts extraits du poème. Il a cité le poème dans son intégralité avant de souligner les mots qui suscitaient des doutes dans son esprit. Enfin, la Cour d’appel a eu tort de conclure que quelques courts extraits du poème avaient « fait pencher » la balance en faveur de l’acquittal. Les réserves du juge du procès à l’égard du consentement étaient fondées sur la preuve de la relation entre H et A, sur le témoignage de la sœur de A quant au nombre de fois que A avait couché dans le lit de H et sur le fait que A était retournée se coucher lors des deux incidents dans le lit où elle avait été violée. Le juge a mentionné des extraits du poème dans le contexte des autres éléments de preuve dont il a parlé, et il a expressément dit tenir compte de toutes les circonstances de l’espèce pour arriver à sa conclusion.

Le ministère public ne peut interjeter appel de l’acquittal d’une infraction punissable par mise en accusation que « pour tout motif d’appel qui comporte une question de droit seulement ». La jurisprudence fait actuellement état d’au moins quatre types de situations où le traitement prétendument inadéquat de la preuve peut constituer une erreur de droit seulement permettant au ministère public d’interjeter appel d’un acquittal; cette liste n’est peut-être pas exhaustive. Premièrement, une conclusion de fait qui n’est appuyée par aucun élément de preuve constitue une erreur de droit. Par contre, pour l’application de cette règle, la conclusion que le juge des faits entretient

evidence based on a wrong legal principle is an error of law. Fourth, the trial judge's failure to consider all of the evidence in relation to the ultimate issue of guilt or innocence is an error of law, but this error will be found to have been committed only if the reasons demonstrate that this was not done. The trial judge's reasonable doubt did not have to be based on the evidence; it could arise from the absence of evidence or a simple failure of the evidence to persuade him to the requisite level of beyond reasonable doubt. It is only where that reasonable doubt is tainted by a legal error that appellate intervention in an acquittal is permitted.

Cases Cited

Considered: *R. v. B. (G.)*, [1990] 2 S.C.R. 57; *R. v. Walker*, 2008 SCC 34, [2008] 2 S.C.R. 245; *R. v. Morin*, [1992] 3 S.C.R. 286; *R. v. Morin*, [1988] 2 S.C.R. 345; **referred to:** *Schuldt v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 592; *R. v. Lifchus*, [1997] 3 S.C.R. 320; *R. v. Binias*, 2000 SCC 15, [2000] 1 S.C.R. 381; *Wild v. The Queen*, [1971] S.C.R. 101.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 676(1)(a).

Authors Cited

Canadian Judicial Council. Model Jury Instructions, Part III, Final Instructions, 9.4 Assessment of Evidence, February 2004 (online: http://www.cjc-ccm.gc.ca/english/lawyers_en.asp?selMenu=lawyers_NCJI-Jury-Instruction-Final-2004-02_en.asp#_Toc290368699).

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Simmons, Rouleau and Watt J.J.A.), 2009 ONCA 834, 256 O.A.C. 246, 99 O.R. (3d) 761, 249 C.C.C. (3d) 140, 72 C.R. (6th) 154, [2009] O.J. No. 4963 (QL), 2009 CarswellOnt 7362, setting aside the accused's acquittals entered by Stong J., [2009] O.J. No. 6377 (QL), 2009 CarswellOnt 8844, and ordering a new trial. Appeal allowed.

Christopher D. Hicks and Misha Feldmann, for the appellant.

Christine Bartlett-Hughes, for the respondent.

un doute raisonnable n'est pas une conclusion de fait. Deuxièmement, l'effet juridique des conclusions de fait ou des faits incontestés peut soulever une question de droit. Troisièmement, une appréciation de la preuve fondée sur un mauvais principe juridique constitue une erreur de droit. Quatrièmement, le juge du procès commet une erreur de droit s'il ne tient pas compte de toute la preuve qui se rapporte à la question ultime de la culpabilité ou de l'innocence, mais on ne conclura à la présence d'une telle erreur que si les motifs démontrent que cela n'a pas été fait. Le doute raisonnable du juge du procès n'avait pas à reposer sur la preuve; il pouvait découler de l'absence de preuve ou du simple fait que la preuve n'était pas parvenue à le convaincre hors de tout doute raisonnable, soit la norme à atteindre. Ce n'est que lorsqu'un doute raisonnable est vicié par une erreur de droit que l'on peut réviser en appel un acquittement.

Jurisprudence

Arrêts examinés : *R. c. B. (G.)*, [1990] 2 R.C.S. 57; *R. c. Walker*, 2008 CSC 34, [2008] 2 R.C.S. 245; *R. c. Morin*, [1992] 3 R.C.S. 286; *R. c. Morin*, [1988] 2 R.C.S. 345; **arrêts mentionnés :** *Schuldt c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 592; *R. c. Lifchus*, [1997] 3 R.C.S. 320; *R. c. Binias*, 2000 CSC 15, [2000] 1 R.C.S. 381; *Wild c. La Reine*, [1971] R.C.S. 101.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 676(1)(a).

Doctrine citée

Conseil canadien de la magistrature. Modèles de directives au jury, partie III, Directives finales, 9.4 Évaluation de la preuve, février 2004 (en ligne : http://www.cjc-ccm.gc.ca/french/lawyers_fr.asp?selMenu=lawyers%5FNCJI%2DJury%2DInstruction%2DFinal%2D2004%2D02%5Ffr%2Easp#_Toc187642363).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (les juges Simmons, Rouleau et Watt), 2009 ONCA 834, 256 O.A.C. 246, 99 O.R. (3d) 761, 249 C.C.C. (3d) 140, 72 C.R. (6th) 154, [2009] O.J. No. 4963 (QL), 2009 CarswellOnt 7362, qui a annulé les acquittements inscrits par le juge Stong, [2009] O.J. No. 6377 (QL), 2009 CarswellOnt 8844, et qui a ordonné un nouveau procès. Pourvoi accueilli.

Christopher D. Hicks et Misha Feldmann, pour l'appellant.

Christine Bartlett-Hughes, pour l'intimée.

James D. Sutton and Ann Marie Simmons, for the intervener.

The judgment of the Court was delivered by

CROMWELL J. —

I. Introduction

[1] The appellant was acquitted at trial of two counts of sexual assault on his 17-year-old cousin. The Court of Appeal set aside the acquittals and ordered a new trial on the basis that the trial judge had erred in law by failing to consider all of the evidence in reaching his conclusion. The appellant's appeal to this Court raises both narrow and broader questions. The narrow question is whether the trial judge, in fact, failed to consider the whole of the evidence as the Court of Appeal concluded that he had; the broader question is under what circumstances a trial judge's alleged mishandling of the evidence gives rise to an error of law alone which justifies appellate intervention on a Crown appeal from an acquittal. Turning first to the narrow question, the trial judge, in my respectful view, did not make the error identified by the Court of Appeal. I would therefore allow the appeal and restore the acquittals entered at trial. However, it will be helpful to address the parties' and intervener's submissions on the broader issue concerning when, in a Crown appeal of an acquittal, alleged shortcomings in a trial judge's assessment of the evidence constitute an error of law alone justifying appellate intervention.

II. Overview of Facts and Proceedings

[2] The complainant alleged that on two occasions the appellant had non-consensual sexual intercourse with her while she was sleeping with him in his bed. She was 17 at the time of both incidents; he was 22 at the time of the first and 23 at

James D. Sutton et Ann Marie Simmons, pour l'intervenant.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE CROMWELL —

I. Introduction

[1] L'appelant a été acquitté à son procès relativement à deux chefs d'agression sexuelle à l'endroit de sa cousine de 17 ans. La Cour d'appel a annulé les acquittements et ordonné la tenue d'un nouveau procès parce que le juge du procès avait commis une erreur de droit en ne tenant pas compte de toute la preuve pour tirer sa conclusion. Le pourvoi de l'appelant devant notre Cour soulève à la fois une question précise et une question générale. La question précise est de savoir si, comme l'a conclu la Cour d'appel, le juge du procès a effectivement omis de tenir compte de toute la preuve; la question générale est de savoir dans quelles circonstances le traitement prétendument inadéquat de la preuve par le juge du procès soulève une erreur de droit seulement justifiant l'intervention de la juridiction d'appel lorsque le ministère public fait appel d'un acquittement. Pour ce qui est de la question précise d'abord, j'estime que le juge du procès n'a pas commis l'erreur que lui reproche la Cour d'appel. Je suis donc d'avis d'accueillir le pourvoi et de rétablir les acquittements prononcés au procès. Il est toutefois utile d'examiner les observations des parties et de l'intervenant sur la question plus générale relative aux circonstances dans lesquelles, lors de l'appel d'un acquittement par le ministère public, les erreurs qu'aurait commises le juge du procès dans son appréciation de la preuve constituent une erreur de droit seulement justifiant l'intervention de la juridiction d'appel.

II. Aperçu des faits et des procédures

[2] La plaignante prétend que l'appelant a eu des rapports sexuels avec elle sans son consentement à deux reprises alors qu'elle était couchée avec lui dans le lit de ce dernier. Elle avait 17 ans au moment des deux incidents; il avait 22 ans lors du

the time of the second. The trial judge found that the two incidents described by the complainant had occurred. The main issue, in his view, was whether the sexual activity had been proved to be without the complainant's consent ([2009] O.J. No. 6377 (QL)).

[3] The judge found that the appellant had "adopted a lifestyle" that included regular parties at his home and providing young women — including the complainant and her 15-year-old sister — with alcohol (para. 27).

[4] The first incident described by the complainant occurred in February 2006. The complainant and appellant were socializing in his apartment, including drinking alcohol that he had provided. The complainant's younger sister as well as the appellant's roommate and another friend were also present, but the friend left before the others went to sleep. At the end of the evening, the complainant's sister went to sleep on the couch, the roommate went to sleep in his room and the appellant and complainant went to sleep in the appellant's bed. The complainant testified her sleeping in the appellant's bed had not been discussed beforehand.

[5] The complainant testified that in the early hours of the morning, the appellant moved closer to her and began grabbing and touching her. She testified that she said "stop" but that he eventually had unprotected intercourse with her. She got up, cleaned herself off, walked around the house and returned to bed with the appellant, although she did not sleep. Later in the morning, she got up, woke up her sister and they left. She did not mention the incident, and her sister testified that nothing seemed amiss. The complainant's sister, however, testified that when she woke up on this occasion, the complainant was in the appellant's bedroom. When questioned about this apparent inconsistency between her evidence and that of the complainant, her sister responded that she could be confusing it with a different time when they were at the appellant's house.

premier incident et 23 ans lors du second. Selon le juge du procès, les deux incidents relatés par la plaignante ont eu lieu. À son sens, la question principale est de savoir si l'on a établi que l'activité sexuelle s'était déroulée sans le consentement de la plaignante ([2009] O.J. No. 6377 (QL)).

[3] Selon le juge, l'appellant a [TRADUCTION] « adopté un style de vie » comprenant des fêtes chez lui sur une base régulière et la fourniture d'alcool à de jeunes femmes, y compris la plaignante et sa sœur de 15 ans (par. 27).

[4] Le premier incident que relate la plaignante est survenu en février 2006. La plaignante et l'appelant bavardaient dans l'appartement de ce dernier et buvaient de l'alcool qu'il avait servi. La sœur cadette de la plaignante, le colocataire de l'appelant ainsi qu'un autre ami étaient là également, mais l'ami est parti avant que les autres n'aillent se coucher. À la fin de la soirée, la sœur de la plaignante est allée se coucher sur le sofa, le colocataire a fait de même dans sa chambre, et l'appelant ainsi que la plaignante se sont couchés dans le lit de ce dernier. Selon le témoignage de la plaignante, ils n'avaient pas discuté au préalable du fait qu'elle couche dans le lit de l'appelant.

[5] La plaignante a affirmé qu'aux petites heures du matin, l'appelant s'est rapproché d'elle et a commencé à la saisir et à la toucher. Selon son témoignage, elle a dit [TRADUCTION] « arrête », mais il a eu ensuite des rapports sexuels non protégés avec elle. Elle s'est levée, s'est lavée, a fait le tour de la maison, puis est retournée se coucher avec l'appelant, mais elle ne s'est pas endormie. Plus tard ce matin-là, elle s'est levée, a réveillé sa sœur et elles sont parties ensemble. La plaignante n'a pas mentionné l'incident, et sa sœur a affirmé que rien ne paraissait anormal. La sœur de la plaignante a cependant témoigné que, lorsqu'elle s'est réveillée ce matin-là, la plaignante se trouvait dans la chambre à coucher de l'appelant. Interrogée à propos de cette contradiction apparente entre son témoignage et celui de la plaignante, sa sœur a répondu qu'elle avait peut-être confondu le matin en question et un autre moment où elles étaient chez l'appelant.

[6] The second incident reported by the complainant occurred in May 2006. She again found herself at the appellant's apartment, after they both had participated in a long day of moving. She testified that she did not know how she ended up staying the night again. This time, they were alone. After watching movies, they retired to his bed. Once again, she testified that he began touching and kissing her, and that she said "no" before they had unprotected intercourse. Afterwards, she was "too on edge" to leave the apartment, despite having a car, so she returned to the same bed and went to sleep. She left the next day and did not tell anyone about the occurrence.

[7] The complainant posted a poem online. The judge found that it had been written very soon after the February 2006 incident "as an outlet" (para. 29). Her sister saw the poem on the Internet and the incidents came to light when she began to discuss it with the complainant. The complainant filed a police report, and the appellant was charged with two counts of sexual assault. At trial, the appellant testified and denied any sexual contact with the complainant.

[8] The trial judge acquitted the appellant on both counts. After summarizing virtually all of the evidence the trial judge found that he had "absolutely no doubt" (para. 26) that sexual intercourse had taken place between the appellant and complainant; he specifically rejected the appellant's denials in this regard (para. 36).

[9] However, the trial judge acknowledged that he also had to be convinced beyond a reasonable doubt that the sexual activity had occurred without the complainant's consent. He noted some "concerns" in this regard. He referred to the sister's evidence that she might have been confused between the times that she saw the complainant in the appellant's bed. The judge said that this caused him to wonder how many times the complainant had ended up in the appellant's bed. He asked himself

[6] Le deuxième incident signalé par la plaignante a eu lieu en mai 2006. Elle se trouvait à nouveau dans l'appartement de l'appellant après qu'ils eurent tous deux participé à une longue journée de déménagement. Elle a affirmé ne pas savoir comment elle avait fini par y passer une autre nuit. Ils étaient seuls à cette occasion. Après avoir regardé des films, ils se sont couchés dans son lit. Elle a témoigné qu'il a encore une fois commencé à la toucher et à l'embrasser, et qu'elle a dit [TRADUCTION] « non » avant qu'ils n'aient des rapports sexuels non protégés. Plus tard, elle était « trop énervée » pour quitter l'appartement même si elle avait une voiture. Elle est donc retournée se coucher dans le même lit et s'est endormie. Elle est partie le lendemain et n'a pas parlé de l'incident à qui que ce soit.

[7] La plaignante a affiché un poème en ligne. De l'avis du juge, elle l'a écrit très peu de temps après l'incident de février 2006 [TRADUCTION] « en tant qu'exutoire » (par. 29). Sa sœur a vu le poème sur Internet, et les incidents ont été révélés lorsqu'elle a commencé à en parler avec la plaignante. La plaignante a déposé un rapport au poste de police, et l'appellant a été accusé de deux chefs d'agression sexuelle. L'appellant a témoigné au procès et a nié avoir eu quelque contact sexuel que ce soit avec la plaignante.

[8] Le juge du procès a acquitté l'appellant relativement aux deux chefs d'accusation. Après avoir résumé presque toute la preuve, le juge du procès a dit n'avoir [TRADUCTION] « absolument aucun doute » (par. 26) que l'appellant et la plaignante avaient eu des relations sexuelles; il a rejeté explicitement les dénégations de l'appellant à cet égard (par. 36).

[9] Le juge du procès a toutefois indiqué qu'il devait aussi être convaincu hors de tout doute raisonnable que l'activité sexuelle s'était déroulée sans le consentement de la plaignante. Il a dit avoir quelques « réserves » à ce sujet. Il a fait allusion au témoignage de la sœur selon lequel elle avait peut-être confondu les moments où elle avait aperçu la plaignante dans le lit de l'appellant. Le juge a dit que ce témoignage l'avait amené à se demander combien de fois la plaignante s'était retrouvée dans

“why did [the complainant] insist in going back to the same bed that she had been violated in?” (para. 34). The judge then noted that he suspected “very strongly” that the complainant was confused and that she “wrestled” with going into the accused’s bedroom. He returned to the fact that “[s]he said she went to the bed on her own and it wasn’t even discussed. Why?” (para. 35).

[10] The trial judge referred to the poem the complainant had written, entitled “Black Dark”, and quoted it in its entirety in his oral reasons. As noted, he accepted both that it was written very shortly after the February incident, and that it had been written as an outlet. He then stated, “[w]hen I read [the complainant’s] description of the incidents on February 11th, concerns are raised” (para. 31). He noted that the words “bittersweet” and “regret” which she had used in the poem were “[h]ardly the words that describe a rape” (para. 33). The trial judge then concluded that “[i]n all of the circumstances of this case, notwithstanding that I do not believe the accused, notwithstanding that I am satisfied that sexual intercourse did occur on both of these occasions, I cannot be satisfied that [the complainant] was sexually assaulted without her consent” (para. 36).

[11] The Crown appealed successfully to the Court of Appeal, which set aside the acquittals and ordered a new trial on both counts of the indictment (2009 ONCA 834, 256 O.A.C. 246). The court concluded that the trial judge erred in law in his approach to the evidence. Specifically, it found that he failed to consider some lines of the poem in the context of the others, and that he failed to consider the poem in the context of the complainant’s testimony on consent. This, according to Watt J.A., was a “piecemeal” approach which was incompatible with the trial judge’s obligations to consider the cumulative effect of all relevant evidence (para. 64) and constituted an error of law as set out in this Court’s decision in *R. v. B. (G.)*, [1990] 2 S.C.R. 57.

le lit de l’appelant. Il s’est demandé [TRADUCTION] « pourquoi [la plaignante] tenait à retourner se coucher dans le lit où elle avait été violée? » (par. 34). Le juge a ensuite dit soupçonner « très fortement » que la plaignante était confuse et « hésitait » à entrer dans la chambre à coucher de l’accusé. Il est revenu sur le fait que « [s]elon les dires de la plaignante, elle est allée au lit de son plein gré et cela n’avait même pas fait l’objet de discussions. Pourquoi? » (par. 35).

[10] Le juge du procès a parlé du poème de la plaignante qui s’intitule *Black Dark*, et l’a cité intégralement dans les motifs qu’il a exposés de vive voix. Comme je l’ai déjà dit, il a retenu la thèse que ce poème avait été écrit en tant qu’exutoire très peu de temps après l’incident de février. Il a ajouté : [TRADUCTION] « [l]a lecture de l’exposé que fait [la plaignante] des incidents du 11 février suscite des doutes dans mon esprit » (par. 31). Le juge a signalé que les mots « aigre-doux » et « regret » qui figuraient dans le poème ne « décrivaient guère un viol » (par. 33). Le juge du procès a ensuite conclu en ces termes : « Vu les circonstances de l’espèce, et même si je ne crois pas l’accusé et je suis convaincu qu’il y a eu une relation sexuelle lors de ces deux incidents, je ne puis être convaincu que [la plaignante] a été agressée sexuellement sans son consentement » (par. 36).

[11] Le ministère public a eu gain de cause devant la Cour d’appel, qui a annulé les acquittements et ordonné un nouveau procès relativement aux deux chefs d’accusation (2009 ONCA 834, 256 O.A.C. 246). D’après la Cour d’appel, le juge du procès a commis une erreur de droit dans son examen de la preuve. Elle a conclu plus particulièrement qu’il n’avait pas examiné certaines lignes du poème à la lumière du reste du poème, et qu’il n’avait pas analysé le poème dans le contexte du témoignage de la plaignante sur le consentement. Il s’agissait, selon le juge Watt, d’une analyse [TRADUCTION] « fragmentaire », incompatible avec l’obligation du juge du procès de prendre en considération l’effet cumulatif de tous les éléments de preuve pertinents (par. 64), ce qui constituait une erreur de droit, comme l’explique notre Cour dans l’arrêt *R. c. B. (G.)*, [1990] 2 R.C.S. 57.

[12] The appellant argues that the trial judge did not approach the evidence in a “piecemeal” fashion. The appellant further argues that even if the trial judge did err as the Court of Appeal suggested, the Court of Appeal was without jurisdiction to entertain a Crown appeal because any error was an error of fact and not an error of law alone as is required by s. 676(1)(a) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46. The respondent Crown argues that, as held by the Court of Appeal, the trial judge did err in law by considering the evidence in a piecemeal fashion.

III. Issues

[13] There are two issues:

1. Did the trial judge fail to consider the evidence as a whole?
2. Under what circumstances does a trial judge’s allegedly flawed assessment of the evidence constitute an error of law and thereby allow appellate review of an acquittal?

IV. Analysis

A. *Did the Trial Judge Fail to Consider the Evidence as a Whole?*

[14] As noted, the Court of Appeal found that the trial judge had failed to put particular passages in the complainant’s poem in the context of the poem as a whole and of her sworn testimony. The court stated that

[t]he trial judge had accepted [the complainant’s] evidence that sexual intercourse had taken place, but never mentioned her testimony on the consent/non-consent issue, or said why he rejected it, apart from his reference to various isolated words in the poem on which [the complainant] was never questioned. [para. 62]

[12] Selon l’appellant, le juge du procès n’a pas analysé la preuve de manière « fragmentaire ». L’appellant prétend en outre que, même si le juge du procès avait bel et bien commis une erreur, tel que l’a affirmé la Cour d’appel, cette dernière n’avait pas compétence pour instruire un appel formé par le ministère public parce que, s’il y a eu erreur, ce ne pouvait être qu’une erreur de fait et non une erreur de droit seulement, comme l’exige l’al. 676(1)a) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46. Pour sa part, le ministère public intimé prétend que, comme l’a conclu la Cour d’appel, le juge du procès a effectivement commis une erreur de droit en examinant la preuve de façon fragmentaire.

III. Questions en litige

[13] Deux questions se posent en l’espèce :

1. Le juge du procès a-t-il omis de prendre en considération l’ensemble de la preuve?
2. Dans quelles circonstances l’appréciation prétendument viciée de la preuve par le juge du procès constitue-t-elle une erreur de droit permettant la révision d’un acquittement par la cour d’appel?

IV. Analyse

A. *Le juge du procès a-t-il omis de prendre en considération l’ensemble de la preuve?*

[14] Comme je l’ai déjà dit, la Cour d’appel a conclu que le juge du procès n’avait pas examiné des passages précis du poème de la plaignante en tenant compte du reste du poème et de son témoignage sous serment. La Cour d’appel a mentionné que :

[TRADUCTION] Le juge du procès avait accepté le témoignage de [la plaignante] selon lequel il y avait eu des relations sexuelles, mais [qu’il] n’avait jamais fait allusion à son témoignage sur la question du consentement ou de l’absence de consentement, ni dit pourquoi il a rejeté ce témoignage, mis à part sa mention de différents mots du poème pris isolément sur lesquels [la plaignante] n’avait jamais été interrogée. [par. 62]

... His piecemeal approach to isolated words in the poem was incompatible with his obligation to consider the poem as a whole, and together with the rest of the evidence on the issue. [para. 64]

While acknowledging that the trial judge considered other aspects of the complainant's conduct in his discussion of the consent/non-consent issue, the Court of Appeal concluded that "it was the isolated passages in the poem . . . that tilted the balance in favour of acquittal" (para. 70). The Court of Appeal also expressed concern that the trial judge had wrongly used the poem written in relation to the first incident in his consideration of the second.

[15] Respectfully, I cannot accept this characterization of the trial judge's decision for four reasons.

[16] First, the Court of Appeal erred when it stated that "[t]he reasons of the trial judge make *no* reference to the sworn testimony of [the complainant] given at trial" (para. 56 (emphasis in original)) and that he "had . . . never mentioned her testimony on the consent/non-consent issue, or said why he rejected it, apart from his reference to various isolated words in the poem on which [the complainant] was never questioned" (para. 62). In fact, the first eight pages of the transcription of the trial judge's oral reasons summarize the complainant's evidence, and her testimony that she did not consent is specifically referred to. The trial judge noted that, in connection with the February incident, the complainant had pushed the appellant away saying "stop" and that she pulled away, at no time consenting to the contact. In relation to the May incident, the trial judge noted that she had said "no" and pushed him away when the appellant started coming closer to her and kissing her, and that she testified that she had never consented to the incidents.

[17] Respectfully, the Court of Appeal misapprehended the record when it faulted the judge for not referring to the complainant's evidence about the

... Son analyse fragmentaire de mots du poème pris isolément était incompatible avec son obligation d'examiner l'ensemble du poème en tenant compte des autres éléments de preuve à cet égard. [par. 64]

Tout en reconnaissant que le juge du procès a pris en considération d'autres éléments de la conduite de la plaignante dans son analyse de la question du consentement, la Cour d'appel a conclu que [TRADUCTION] « ce sont les passages du poème pris isolément [. . .] qui ont fait pencher la balance en faveur de l'acquittement » (par. 70). La Cour d'appel s'est aussi dite préoccupée du fait que le juge du procès avait utilisé à tort le poème relatif au premier incident dans son examen du second incident.

[15] En toute déférence, je ne puis accepter cette façon de caractériser la décision du juge du procès pour quatre raisons.

[16] Premièrement, la Cour d'appel a affirmé à tort que [TRADUCTION] « [L]e juge du procès *ne* mentionne *pas* dans ses motifs le témoignage rendu sous serment par [la plaignante] au procès » (par. 56 (en italique dans l'original)) et qu'il « n'avait [. . .] jamais fait allusion à son témoignage sur la question du consentement ou de l'absence de consentement, ni dit pourquoi il a rejeté ce témoignage, mis à part sa mention de différents mots du poème pris isolément sur lesquels [la plaignante] n'avait jamais été interrogée » (par. 62). En fait, les huit premières pages de la transcription des motifs exposés de vive voix par le juge du procès résument le témoignage de la plaignante, et le passage de son témoignage quant à son absence de consentement y est explicitement mentionné. Le juge du procès a fait remarquer au sujet de l'incident de février que la plaignante avait repoussé l'appelant en disant [TRADUCTION] « arrête », et qu'elle s'était éloignée et n'avait jamais consenti au contact. Quant à l'incident de mai, le juge du procès a signalé que la plaignante avait dit « non » et avait repoussé l'appelant au moment où il s'est rapproché d'elle et l'a embrassée, et qu'elle avait affirmé n'avoir jamais consenti aux rapports sexuels.

[17] Avec égards, la Cour d'appel a mal interprété le dossier en reprochant au juge de ne pas avoir fait allusion au témoignage de la plaignante sur son

fact that she did not consent to the sexual activity. The trial judge referred to her evidence that she had not consented on at least three occasions in his reasons (paras. 7, 11 and 15).

[18] Second, the Court of Appeal's statement that the trial judge gave no reasons for rejecting the complainant's evidence is problematic for two reasons: the trial judge did not have to "reject" the complainant's evidence in order to be left with a reasonable doubt arising from the whole of the evidence, and the trial judge, as we shall see, gave extensive reasons as to why he was left with a reasonable doubt on the issue of consent.

[19] Third, there is no basis in the trial judge's reasons to conclude, as did the Court of Appeal, that he used small excerpts from the poem out of context. The judge quoted the poem as a whole and then drew attention to language that raised concerns in his mind, in the context of the rest of the evidence which he had heard.

[20] Finally, the Court of Appeal erred in concluding that it was a couple of brief excerpts from the poem that had "tilted" the balance in favour of acquittal and that the judge had improperly considered the poem in relation to the second incident. Respectfully, these conclusions are not based on a fair reading of the trial judge's reasons.

[21] The trial judge noted that he had to be satisfied beyond a reasonable doubt that the incidents occurred without the complainant's consent. He expressed his concern, based on the evidence of the relationship between the accused and the complainant and on the testimony of the complainant's sister, about how many times the complainant had been at the accused's home and ended up in his bed. He noted that the relationship between the appellant and the complainant was "strong but perverse" (para. 30). After referring to an excerpt from the poem and expressing concern arising from the complainant's use of the word "regret" in relation to the first incident, the trial judge asked "why did she insist in going back to the same bed that she

absence de consentement à l'activité sexuelle. Le juge du procès a évoqué ce témoignage au moins trois fois dans ses motifs (par. 7, 11 et 15).

[18] Deuxièmement, l'affirmation de la Cour d'appel selon laquelle le juge du procès n'a pas motivé le « rejet » du témoignage de la plaignante pose problème à deux égards : le juge du procès n'avait pas à « rejeter » le témoignage de la plaignante pour qu'il subsiste dans son esprit un doute raisonnable soulevé par l'ensemble de la preuve et, comme nous le verrons, il a motivé abondamment le doute raisonnable qui subsistait dans son esprit quant au consentement.

[19] Troisièmement, les motifs du juge du procès ne donnent aucunement matière à conclure, comme l'a fait la Cour d'appel, qu'il a utilisé hors contexte de courts extraits du poème. Le juge a cité le poème dans son intégralité avant de souligner les mots qui suscitaient des doutes dans son esprit eu égard aux autres éléments de preuve qui lui ont été présentés.

[20] Enfin, la Cour d'appel a eu tort de conclure que ce sont quelques courts extraits du poème qui avaient [TRADUCTION] « fait pencher » la balance en faveur de l'acquittement et que le juge avait eu tort d'examiner le poème relativement au deuxième incident. En toute déférence, ces conclusions ne procèdent pas d'une interprétation juste des motifs du juge du procès.

[21] Ce dernier a signalé qu'il devait être convaincu hors de tout doute raisonnable que les incidents étaient survenus sans le consentement de la plaignante. Il a exprimé sa réserve — fondée sur la preuve de la relation entre l'accusé et la plaignante et sur le témoignage de la sœur de la plaignante — quant au nombre de fois que la plaignante s'était trouvée chez l'accusé et avait couché dans son lit. Il a relevé que l'appelant et la plaignante entretenaient une relation [TRADUCTION] « solide mais perverse » (par. 30). Après avoir mentionné un extrait du poème et exprimé sa réserve au sujet de l'emploi, par la plaignante, du mot « regret » pour parler du premier incident, le juge du procès s'est demandé « pourquoi [elle tenait] à retourner

had been violated in?” (para. 34). This comment, of course, had nothing to do with the language of the poem but was based on the other evidence that he had heard in relation to both incidents.

[22] After referring to some further language in the poem — “First taste So bittersweet” — the judge said that he suspected very strongly when he read the poem that the complainant had been confused and that she had wrestled with going into that room. He then referred to her evidence about how she had gone to the bed on her own without discussion; the trial judge asked “[w]hy?” He then concluded that “[i]n all of the circumstances of this case” he could not be satisfied that the complainant had not consented to the sexual activity. In short, the judge’s references to the poem excerpts were in the context of his references to other aspects of the evidence, and he explicitly stated that he was taking into account all of the circumstances of the case in reaching his conclusion.

[23] Respectfully, the Court of Appeal erred in its conclusion that the trial judge had taken a “piece-meal” approach to the evidence, and that his use of the poem had been out of context and had “tilted the balance” in his decision to acquit. Further, I do not agree that “[t]he trial judge appears to have used the poem about the events of February 11, 2006, to support his finding on the consent/non-consent issue in connection with the allegation of May 20, 2006” (para. 63). As set out above, a fair reading of the trial judge’s reasons discloses that he had reasonable doubt based on his consideration of all the evidence.

B. *Under What Circumstances Do Alleged Shortcomings in a Trial Judge’s Assessment of the Evidence Constitute an Error of Law and Thereby Allow Appellate Review of an Acquittal?*

[24] The Crown’s right of appeal from an acquittal of an indictable offence is limited to “any

se coucher dans le lit où elle avait été violée » (par. 34). Bien entendu, ce commentaire n’avait rien à voir avec le texte du poème; il reposait plutôt sur les autres éléments de preuve qui lui avaient été présentés à l’égard des deux incidents.

[22] Après avoir évoqué quelques autres passages du poème — [TRADUCTION] « Première impression si aigre-douce » —, le juge a dit soupçonner très fortement, à la lecture du poème, que la plaignante était confuse et avait hésité à entrer dans cette chambre. Il a ensuite parlé de son témoignage selon lequel elle était allée au lit de son plein gré sans en avoir discuté au préalable; le juge du procès s’est demandé « [p]ourquoi? ». Il a ensuite conclu que, « [v]u les circonstances de l’espèce », il ne pouvait se convaincre que la plaignante n’avait pas consenti à l’activité sexuelle. Bref, le juge a mentionné des extraits du poème dans le contexte des autres éléments de preuve dont il a parlé, et il a expressément dit tenir compte de toutes les circonstances de l’espèce pour arriver à sa conclusion.

[23] Avec égards, la Cour d’appel a conclu à tort que le juge du procès avait analysé la preuve de façon [TRADUCTION] « fragmentaire » et que son utilisation hors contexte du poème avait « fait pencher la balance » dans sa décision d’acquitter l’appelant. De plus, j’estime qu’elle a eu tort de dire que « [l]e juge du procès semble avoir utilisé le poème relatif à l’incident survenu le 11 février 2006 pour étayer sa conclusion quant à la question du consentement ou de l’absence de consentement à l’égard de l’incident qui serait survenu le 20 mai 2006 » (par. 63). Comme je l’ai indiqué précédemment, il ressort d’une interprétation juste des motifs du juge du procès qu’il entretenait un doute raisonnable après avoir examiné toute la preuve.

B. *Dans quelles circonstances les lacunes dont souffrirait l’appréciation de la preuve par le juge du procès constituent-elles une erreur de droit et donnent-elles ouverture, pour cette raison, à la révision d’un acquittement par la cour d’appel?*

[24] Le ministère public ne peut interjeter appel de l’acquittement d’une infraction punissable par

ground of appeal that involves a question of law alone”: *Criminal Code*, s. 676(1)(a). This limited right of appeal engages the vexed question of what constitutes, for jurisdictional purposes, an error of law alone. This appeal raises once again the issue of when the trial judge’s alleged shortcomings in assessing the evidence constitute an error of law giving rise to a Crown appeal of an acquittal. The jurisprudence currently recognizes four such situations. While this may not be an exhaustive list, it will be helpful to review these four situations briefly.

- (1) It Is an Error of Law to Make a Finding of Fact for Which There Is No Evidence — However, a Conclusion That the Trier of Fact Has a Reasonable Doubt Is Not a Finding of Fact for the Purposes of This Rule

[25] It has long been recognized that it is an error of law to make a finding of fact for which there is no supporting evidence: *Schuldt v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 592, at p. 604. It does not follow from this principle, however, that an acquittal can be set aside on the basis that it is not supported by the evidence. An acquittal (absent some fact or element on which the accused bears the burden of proof) is not a finding of fact but instead a conclusion that the standard of persuasion beyond a reasonable doubt has not been met. Moreover, as pointed out in *R. v. Lifchus*, [1997] 3 S.C.R. 320, at para. 39, a reasonable doubt is logically derived from the evidence or absence of evidence. Juries are properly so instructed and told that they may accept some, all or none of a witness’s evidence: *Lifchus*, at paras. 30 and 36; Canadian Judicial Council, Model Jury Instructions, Part III, Final Instructions, 9.4 Assessment of Evidence (online).

[26] The principle that it is an error of law to make a finding of fact for which there is no supporting

voie de mise en accusation que « pour tout motif d’appel qui comporte une question de droit seulement » : *Code criminel*, al. 676(1)a). Ce droit d’appel limité fait intervenir la question épineuse de savoir en quoi consiste une erreur de droit seulement. Le présent pourvoi soulève de nouveau la question de savoir quand les lacunes dont souffrirait l’appréciation de la preuve par le juge du procès constituent une erreur de droit qui permet au ministère public d’interjeter appel d’un acquittement. La jurisprudence fait actuellement état de quatre situations de ce genre. Cette liste n’est peut-être pas exhaustive, mais il sera utile de réviser brièvement ces quatre situations.

- (1) Une conclusion de fait qui n’est appuyée par aucun élément de preuve constitue une erreur de droit — Par contre, pour l’application de cette règle, la conclusion que le juge des faits entretient un doute raisonnable n’est pas une conclusion de fait

[25] Il est reconnu depuis longtemps qu’une conclusion de fait qui n’est appuyée par aucun élément de preuve constitue une erreur de droit : *Schuldt c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 592, p. 604. Il ne découle toutefois pas de ce principe qu’un acquittement peut être annulé parce qu’il n’est pas appuyé par la preuve. En l’absence de quelque fait ou élément à l’égard duquel le fardeau de preuve incombe à l’accusé, un acquittement est non pas une conclusion de fait, mais une conclusion qu’il n’a pas été satisfait à la norme de persuasion hors de tout doute raisonnable. Qui plus est, comme l’a souligné la Cour dans *R. c. Lifchus*, [1997] 3 R.C.S. 320, au par. 39, un doute raisonnable doit logiquement découler de la preuve ou de l’absence de preuve. Le juge en avise à juste titre les jurés et leur dit qu’ils peuvent accepter une partie ou l’ensemble de la déposition d’un témoin ou la rejeter entièrement : *Lifchus*, par. 30 et 36; Conseil canadien de la magistrature, Modèles de directives au jury, partie III, Directives finales, 9.4 Évaluation de la preuve (en ligne).

[26] La règle selon laquelle une conclusion de fait qui n’est appuyée par aucun élément de preuve

evidence does not, in general, apply to a decision to acquit based on a reasonable doubt. As Binnie J. put it in *R. v. Walker*, 2008 SCC 34, [2008] 2 S.C.R. 245, at para. 22:

A major difference between the position of the Crown and the accused in a criminal trial, of course, is that the accused benefits from the presumption of innocence. . . . [W]hereas a conviction requires the prosecution to establish each of the factual elements of the offence beyond a reasonable doubt, no such requirement applies to an acquittal which, unlike a conviction, can rest simply on the absence of proof. [Emphasis deleted.]

[27] The point was expressed very clearly in *R. v. Biniaris*, 2000 SCC 15, [2000] 1 S.C.R. 381, at para. 33: “. . . as a matter of law, the concept of ‘unreasonable acquittal’ is incompatible with the presumption of innocence and the burden which rests on the prosecution to prove its case beyond a reasonable doubt.”

(2) The Legal Effect of Findings of Fact or of Undisputed Facts Raises a Question of Law

[28] *R. v. Morin*, [1992] 3 S.C.R. 286, lists this as one category of cases in which the trial judge’s assessment of the evidence may give rise to an error of law. As Sopinka J. put it, at p. 294:

If a trial judge finds all the facts necessary to reach a conclusion in law and in order to reach that conclusion the facts can simply be accepted as found, a Court of Appeal can disagree with the conclusion reached without trespassing on the fact-finding function of the trial judge. The disagreement is with respect to the law and not the facts nor inferences to be drawn from the facts. The same reasoning applies if the facts are accepted or not in dispute.

In short, the appellate court can simply apply the trial judge’s findings of fact to the proper legal principles; the trial judge’s error, if there is one, may safely be traced to a question of law rather

constitue une erreur de droit ne s’applique généralement pas à l’acquiescement fondé sur un doute raisonnable. Comme l’a dit le juge Binnie au par. 22 de l’arrêt *R. c. Walker*, 2008 CSC 34, [2008] 2 R.C.S. 245 :

La différence majeure entre la position du ministère public et celle de l’accusé dans un procès criminel tient à ce que, bien sûr, l’accusé jouit de la présomption d’innocence. [. . .] [T]andis que l’accusé ne peut être déclaré coupable que si la poursuite établit chacun des éléments factuels de l’infraction au-delà de tout doute raisonnable, cette exigence ne s’applique pas à un acquiescement qui, contrairement à une condamnation, peut reposer simplement sur l’absence de preuve. [Italiques omis.]

[27] Notre Cour l’a dit très clairement dans *R. c. Biniaris*, 2000 CSC 15, [2000] 1 R.C.S. 381, par. 33 : « . . . la notion d’“acquiescement déraisonnable” est incompatible, en droit, avec la présomption d’innocence et l’obligation qu’a la poursuite de présenter une preuve hors de tout doute raisonnable. »

(2) L’effet juridique des conclusions de fait ou des faits incontestés soulève une question de droit

[28] Il s’agit d’un type de situations énumérées dans l’arrêt *R. c. Morin*, [1992] 3 R.C.S. 286, où l’appréciation de la preuve par le juge du procès peut donner lieu à une erreur de droit. Comme l’a dit le juge Sopinka à la p. 294 :

Si un juge du procès conclut à l’existence de tous les faits nécessaires pour tirer une conclusion en droit et que, pour tirer cette conclusion, ces faits peuvent simplement être tenus pour avérés, une cour d’appel peut ne pas partager la conclusion tirée sans empiéter sur la fonction de recherche des faits conférée au juge du procès. Le désaccord porte sur le droit et non sur les faits ni sur les conclusions à tirer de ceux-ci. Le même raisonnement s’applique si les faits sont acceptés ou incontestés.

En bref, la cour d’appel n’a qu’à appliquer les bons principes juridiques aux conclusions de fait du juge du procès; on peut établir en toute sûreté un lien entre l’erreur du juge, s’il en est, et une question

than to any question about how to weigh the evidence.

(3) An Assessment of the Evidence Based on a Wrong Legal Principle Is an Error of Law

[29] This is another category mentioned in *Morin*. In that case, Sopinka J. stated at p. 295, “Failure to appreciate the evidence cannot amount to an error of law unless the failure is based on a misapprehension of some legal principle.” In *B. (G.)*, Wilson J. added important cautionary words concerning this basis for appellate intervention:

. . . it will be more difficult in an appeal from an acquittal to establish with certainty that the error committed by the trial judge raised a question of law alone because of the burden of proof on the Crown in all criminal prosecutions and the increased importance of examining critically all evidence that may raise a reasonable doubt. [p. 75]

[30] This proposition was said by Lamer J. (as he then was) in *Schuldt* to constitute the proper basis for the Court’s decision in *Wild v. The Queen*, [1971] S.C.R. 101. In *Schuldt*, at p. 610, it was affirmed that except in the rare cases in which a statutory provision places an onus upon the accused, it can sometimes be said as a matter of law that there is no evidence on which the court can convict, but never that there is no evidence on which it can acquit as there is always the rebuttable presumption of innocence. This approach was also adopted in *B. (G.)* by Wilson J., at pp. 69-70, and the point was further underlined in the concurring reasons of McLachlin J. (as she then was), at p. 79, where she wrote: “In the absence of . . . misdirection the law is clear that doubts about the reasonableness of the trial judge’s assessment of the evidence [in the context of a Crown appeal of an acquittal] do not constitute questions of law alone”

de droit plutôt qu’une question de pondération adéquate de la preuve.

(3) Une appréciation de la preuve fondée sur un mauvais principe juridique constitue une erreur de droit

[29] Il s’agit d’un autre type de situations énoncé dans *Morin*. Comme l’a dit le juge Sopinka à la p. 295 de cet arrêt, « [l]’omission d’apprécier les éléments de preuve ne saurait constituer une erreur de droit que si elle résulte d’une mauvaise compréhension d’un principe juridique. » La juge Wilson a fait une importante mise en garde au sujet de ce moyen d’intervention en appel dans l’arrêt *B. (G.)* :

Il sera [. .] plus difficile dans l’appel d’un acquittement d’établir avec certitude que l’erreur commise par le juge du procès soulevait une question de droit seulement en raison du fardeau de preuve qui incombe au ministère public dans toutes les poursuites criminelles et de l’importance accrue de l’examen critique de tous les éléments de preuve susceptibles de soulever un doute raisonnable. [p. 75]

[30] Le juge Lamer, plus tard Juge en chef, a affirmé dans *Schuldt* que cette proposition constitue le véritable fondement de l’arrêt de la Cour *Wild c. La Reine*, [1971] R.C.S. 101. Le juge Lamer a mentionné dans *Schuldt*, à la p. 610, que, sauf dans les rares cas où une disposition législative impose le fardeau de la preuve à l’accusé, on peut parfois dire en droit qu’il y a absence de preuve qui puisse permettre au tribunal de déclarer le prévenu coupable, mais on ne peut jamais dire qu’il y a absence de preuve qui lui permette de l’acquitter, car il y a toujours la présomption d’innocence qui doit être réfutée. La juge Wilson a elle aussi fait sienne cette approche aux p. 69 et 70 de l’arrêt *B. (G.)*, et la juge McLachlin (maintenant Juge en chef) a également souligné ce point comme suit dans ses motifs concordants, à la p. 79 : « En l’absence d’une [. .] erreur, la loi prévoit clairement que les doutes sur le caractère raisonnable de l’appréciation de la preuve par le juge du procès [dans le cas d’un appel formé par le ministère public à l’encontre d’un acquittement] ne constituent pas uniquement une question de droit . . . »

(4) The Trial Judge's Failure to Consider All of the Evidence in Relation to the Ultimate Issue of Guilt or Innocence Is an Error of Law

[31] This was Sopinka J.'s last category in *Morin* (pp. 295-96). The underlying legal principle is set out in another decision called *R. v. Morin*, [1988] 2 S.C.R. 345. The principle is that it is an error of law to subject individual pieces of evidence to the standard of proof beyond a reasonable doubt; the evidence must be looked at as a whole: see, e.g., *B. (G.)*, at pp. 75-77 and 79. However, Sopinka J. sounded an important warning about how this error may be identified. It is a misapplication of the *Morin* principle to apply it whenever a trial judge fails to deal with each piece of evidence or record each piece of evidence and his or her assessment of it. As noted in *Morin* (1992), at p. 296, "A trial judge must consider all of the evidence in relation to the ultimate issue but unless the reasons demonstrate that this was not done, the failure to record the fact of it having been done is not a proper basis for concluding that there was an error of law in this respect." This was the basis of intervention relied on by the Court of Appeal, but as noted earlier, a fair reading of the trial judge's reasons does not support this finding of legal error.

[32] A trial judge is not required to refer to every item of evidence considered or to detail the way each item of evidence was assessed. As Binnie J. pointed out in *Walker*, "Reasons are sufficient if they are responsive to the case's live issues and the parties' key arguments. Their sufficiency should be measured not in the abstract, but as they respond to the substance of what was in issue" (para. 20). *Walker* also clearly holds that the adequacy of a trial judge's reasons is informed by the limited grounds for Crown rights of appeal from acquittals (paras. 2 and 22). As Binnie J. succinctly put it, "Caution must be taken to avoid seizing on perceived deficiencies in a trial judge's reasons for acquittal to

(4) Le juge du procès commet une erreur de droit s'il ne tient pas compte de toute la preuve qui se rapporte à la question ultime de la culpabilité ou de l'innocence

[31] C'est le dernier type de situations énumérées par le juge Sopinka dans *Morin* (p. 295 et 296). Un autre arrêt portant le même intitulé, *R. c. Morin*, [1988] 2 R.C.S. 345, en énonce le principe juridique sous-jacent. Selon ce principe, c'est une erreur de droit que d'assujettir des éléments de preuve individuels à la norme de preuve hors de tout doute raisonnable; il faut examiner l'ensemble de la preuve : voir, notamment, *B. (G.)*, p. 75-77 et 79. Le juge Sopinka a toutefois servi une importante mise en garde à propos de la manière dont on peut relever l'erreur en question. Il est erroné d'appliquer le principe établi dans *Morin* chaque fois que le juge du procès ne traite pas de chacun des éléments de preuve ou ne consigne pas chacun d'eux et l'appréciation qu'il en a faite. Comme le juge Sopinka l'a souligné à la p. 296 de l'arrêt *Morin* (1992) : « Le juge du procès doit examiner tous les éléments de preuve qui se rapportent à la question ultime à trancher, mais à moins que les motifs démontrent que cela n'a pas été fait, l'omission de consigner que cet examen a été fait ne permet pas de conclure qu'une erreur de droit a été commise à cet égard. » C'est le motif sur lequel s'est fondée la Cour d'appel pour intervenir, mais, comme je l'ai déjà dit, une interprétation juste des motifs du juge du procès n'était pas ce constat d'erreur de droit.

[32] Le juge du procès n'est pas tenu de mentionner chacun des éléments de preuve qu'il a examinés ou d'expliquer en détail l'appréciation qu'il a faite de chacun d'eux. Comme l'a souligné le juge Binnie dans *Walker*, « [l]es motifs sont suffisants s'ils répondent aux questions en litige et aux principaux arguments des parties. Leur suffisance doit être mesurée non pas dans l'abstrait, mais d'après la réponse qu'ils apportent aux éléments essentiels du litige » (par. 20). L'arrêt *Walker* établit aussi clairement que le caractère suffisant des motifs du juge du procès est fonction des moyens limités permettant au ministère public de faire appel d'un acquittement (par. 2 et 22). Comme l'a dit succinctement

create a ground of ‘unreasonable acquittal’ which is not open to the court under the provisions of the *Criminal Code*” (para. 2).

[33] Having reviewed four types of cases in which an alleged mishandling of the evidence may constitute an error of law alone, I return to the appellant’s submissions. He argues that on a Crown appeal from an acquittal, where the error of law is alleged to be a defect in the trial judge’s assessment of the evidence, a reviewable error arises only where four conditions are met: (a) an error of law has been committed; (b) the misapprehension of the evidence is not properly characterized as either an unreasonable verdict or a miscarriage of justice; (c) the Crown can show with a high degree of certainty that the error affected the verdict; and (d) there has been a shift in a legal burden to the accused. For reasons I will develop, I cannot accept this submission.

[34] The appellant’s first condition — that an error of law has been committed — simply restates the question. The question is under what circumstances may an alleged mishandling of the evidence by the trial judge constitute an error of law alone giving the Crown a right of appeal from an acquittal. I have reviewed four types of situations, which may not be an exhaustive list, in which this may be the case.

[35] The appellant’s second condition, relating to whether the alleged misapprehension of the evidence is “not properly characterized” as an unreasonable verdict or a miscarriage of justice, is not a helpful way of approaching the issue. Unreasonable verdict and miscarriage of justice are bases for appellate intervention in the case of conviction appeals; reference to them does not help identify errors of law alone for the purposes of Crown appeals from acquittals.

le juge Binnie, « [i]l faut prendre garde de ne pas s’arrêter aux lacunes apparentes des motifs formulés par le juge du procès lors de l’acquiescement pour créer un motif d’“acquiescement déraisonnable”, verdict que le tribunal ne peut prononcer en vertu du *Code criminel* » (par. 2).

[33] Après avoir examiné quatre types de situations dans lesquelles un traitement prétendument inadéquat de la preuve peut constituer une erreur de droit seulement, je reviens aux observations de l’appelant. Selon lui, lorsque le ministère public interjette appel d’un acquiescement et prétend qu’une faille dans l’appréciation de la preuve par le juge du procès constitue une erreur de droit, cette erreur n’est susceptible de révision que si quatre conditions sont réunies : a) une erreur de droit a été commise; b) la mauvaise interprétation de la preuve n’est pas en réalité un verdict déraisonnable ou une erreur judiciaire; c) le ministère public est à même de démontrer avec un degré de certitude élevé que l’erreur a influé sur le verdict; et d) il y a eu déplacement vers l’accusé d’un fardeau imposé par la loi. Pour les motifs exposés plus loin, je ne puis accepter cette observation.

[34] La première condition énoncée par l’appelant — une erreur de droit a été commise — ne fait que reformuler la question, qui est de savoir dans quelles circonstances un traitement prétendument inadéquat de la preuve par le juge du procès peut constituer une erreur de droit seulement qui permet au ministère public de faire appel d’un acquiescement. J’ai étudié quatre types de situations — et il y en a peut-être d’autres — où cela peut se produire.

[35] La deuxième condition énoncée par l’appelant, qui a trait au point de savoir si la mauvaise interprétation de la preuve « n’est pas en réalité » un verdict déraisonnable ou une erreur judiciaire, n’est pas un moyen utile d’aborder la question. Le verdict déraisonnable et l’erreur judiciaire sont des moyens de révision en appel d’une déclaration de culpabilité; le fait de les mentionner n’aide pas à identifier les erreurs de droit seulement lorsque le ministère public fait appel d’un acquiescement.

[36] The appellant's third condition, that the Crown can show a high degree of certainty that the error affected the verdict, similarly does not assist in identifying a question of law alone. This condition relates not to whether an error is one of law, but to when, in the presence of an error of law, appellate intervention is justified.

[37] The appellant's fourth point is that a trial judge's treatment of the evidence can never constitute an error of law for the purposes of permitting a Crown appeal unless there has been a shifting of the burden of proof. He bases this position on a statement by Lamer J. in *Schuldt*, at p. 604:

... a finding of fact that is made in the absence of any supportive evidence is an error of law. I must say, however, that that will happen as regards an acquittal only if there has been a transfer to the accused by law of the burden of proof of a given fact.

[38] The appellant contends that the Court's decision in *Wild* should now be considered to have been wrongly decided.

[39] Respectfully, I do not accept either of these submissions. As I explained earlier, the principle set out in *Schuldt* (and many other cases) is that a reasonable doubt does not need to be based on the evidence; it may arise from an absence of evidence or a simple failure of the evidence to persuade the trier of fact to the requisite level of beyond reasonable doubt. The Court has twice, in *Schuldt* and *B. (G.)*, explained the proper basis of the decision in *Wild*. It is only where a reasonable doubt is tainted by a legal error that appellate intervention in an acquittal is permitted.

C. Application to This Case

[40] As noted, while it is an error of law for a trial judge to assess the evidence piecemeal, the trial judge's reasons in this case do not, in my view, disclose any such error.

[36] La troisième condition qu'énonce l'appellant — le ministère public est à même de démontrer avec un degré de certitude élevé que l'erreur a influé sur le verdict — n'aide pas non plus à reconnaître une question de droit seulement. Cette condition se rapporte non pas à la question de savoir si l'erreur en est une de droit, mais à celle de savoir quand la juridiction d'appel peut intervenir en cas d'erreur de droit.

[37] Selon le quatrième argument de l'appellant, le traitement de la preuve par le juge du procès peut seulement constituer une erreur de droit donnant ouverture à un appel du ministère public s'il y a eu déplacement du fardeau de preuve. L'appellant fonde cette position sur des propos tenus par le juge Lamer dans *Schuldt*, à la p. 604 :

... une conclusion de fait qui n'est appuyée par aucun élément de preuve constitue une erreur de droit. Cela dit, je m'empresse d'ajouter que, dans le cas d'un acquittement, cela ne se produira que si la loi a transféré à l'accusé l'obligation de prouver un fait donné.

[38] L'appellant prétend qu'il faut désormais considérer comme mal fondé l'arrêt de la Cour *Wild*.

[39] Avec égards, je n'accepte aucune de ces observations. Comme je l'ai expliqué précédemment, l'arrêt *Schuldt* (et bien d'autres décisions) énonce le principe qu'un doute raisonnable n'a pas à reposer sur la preuve; le doute peut découler d'une absence de preuve ou du simple fait que la preuve ne parvient pas à convaincre le juge des faits hors de tout doute raisonnable, soit la norme à atteindre. La Cour a expliqué à deux reprises, dans *Schuldt* et *B. (G.)*, le fondement sur lequel repose l'arrêt *Wild*. Ce n'est que lorsqu'un doute raisonnable est vicié par une erreur de droit que l'on peut réviser en appel un acquittement.

C. Application aux faits de l'espèce

[40] Comme je l'ai déjà dit, bien que le juge président un procès commette une erreur de droit en analysant la preuve de façon fragmentaire, les motifs du juge du procès en l'espèce ne révèlent, à mon avis, aucune erreur de ce genre.

V. Disposition

[41] I would allow the appeal and restore the acquittals entered at trial.

Appeal allowed.

Solicitors for the appellant: Hicks Adams, Toronto.

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

Solicitor for the intervener: Public Prosecution Service of Canada, Gatineau.

V. Dispositif

[41] Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de rétablir les acquittements prononcés au procès.

Pourvoi accueilli.

Procureurs de l'appelant : Hicks Adams, Toronto.

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

Procureur de l'intervenant : Service des poursuites pénales du Canada, Gatineau.

Armande Côté *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

**Criminal Lawyers' Association
(Ontario)** *Intervener*

INDEXED AS: R. v. CÔTÉ

2011 SCC 46

File No.: 33645.

2011: March 15; 2011: October 14.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Constitutional law — Charter of Rights — Enforcement — Exclusion of evidence — Accused charged with second degree murder — Search of accused's home conducted by police without valid warrants — Trial judge finding that police had not acted in good faith and demonstrated blatant disregard for accused's Charter rights throughout investigation — Trial judge concluding that admission of evidence in face of extraordinarily troubling police misconduct, even when decision would lead to acquittal of serious crime, would bring administration of justice into disrepute — Whether Court of Appeal erred in intervening on bases that police had not deliberately acted in abusive manner and that offence was serious — Whether Court of Appeal erred in intervening on basis that evidence could have been obtained legally by warrant without accused's participation — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 24(2).

Around 9 p.m. on July 22, 2006, C called 9-1-1 to report that her spouse, H, had been injured. The attending physician at the hospital established that H was suffering from head injuries and confirmed the presence of a metal object in H's skull, and communicated this information to the police. The

Armande Côté *Appelante*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

**Criminal Lawyers' Association
(Ontario)** *Intervenante*

RÉPERTORIÉ : R. c. CÔTÉ

2011 CSC 46

N^o du greffe : 33645.

2011 : 15 mars; 2011 : 14 octobre.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit constitutionnel — Charte des droits — Réparation — Exclusion de la preuve — Accusation de meurtre au deuxième degré — Résidence de l'accusée soumise à une fouille policière sans mandats valides — Conclusion du juge du procès selon laquelle, tout au long de l'enquête, les policiers n'ont pas agi de bonne foi et ont fait preuve d'un mépris flagrant vis-à-vis des droits constitutionnels de l'accusée — Le juge du procès a estimé qu'utiliser la preuve en dépit de cette conduite consternante des policiers était susceptible de déconsidérer l'administration de la justice; et même si cette conclusion devait mener à l'acquittement de l'auteur d'un crime grave, il a néanmoins écarté la preuve — La Cour d'appel a-t-elle eu tort d'intervenir au motif que les policiers n'avaient pas délibérément agi de manière abusive et que le crime était grave? — A-t-elle eu tort d'intervenir au motif que la preuve aurait pu être recueillie légalement avec un mandat, sans la participation de l'accusée? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 24(2).

Le 22 juillet 2006, vers 21 h, C a composé le 9-1-1 pour signaler que son conjoint, H, avait été blessé. À l'hôpital, le médecin de garde a établi que H avait subi des lésions à la tête et il a confirmé la présence d'un objet métallique dans le crâne de H, ce dont il a informé les policiers. Ces derniers se sont présentés

police attended at C's home around midnight. The lights of the house were off and the house was calm. C answered the door in her pyjamas. The police explained that they were there to find out what happened and to make sure the premises were safe, but they did not tell C that they believed that H was suffering from a gunshot wound. The police, accompanied by C, inspected the interior and the exterior of the residence, as well as a gazebo. The police questioned C about the presence of firearms in the house. She confirmed the presence of two firearms but could only locate one, to which she led the police. The police later obtained warrants which were executed at C's residence. A .22 calibre rifle, of the same calibre as the bullet recovered from H's skull, was located by the police.

C was brought to the police station around 3 a.m. but not until 5:23 a.m. was she given a warning as an important witness in the attempted murder of H and advised of her right to counsel. After being warned, C spoke with a lawyer and invoked her right to silence. She then described the events to the police and was placed under arrest for attempted murder. She was cautioned again, advised of her right to counsel, and spoke with a lawyer again. After being placed under arrest, C was interrogated by the police throughout the day. C exhibited extreme anxiety about having the interrogation room closed, seemed to be exhausted and on several occasions told the interrogator that she had had enough, did not want to talk anymore or wanted to go lie down. C's interrogation ended at 8 p.m. on July 23, when she was advised of H's death and charged with second degree murder.

C applied to the trial judge to exclude the evidence against her. The trial judge concluded that the police embarked on a systematic violation of C's rights from the time they first entered onto her property until the end of her interrogation. The trial judge held that the police's entry on C's property, and the search of her house, property and gazebo constituted unreasonable searches and seizures contrary to s. 8 of the *Charter*. He held that the police detained C without telling her why in violation of s. 10(a) of the *Charter*, and that the police violated C's right to obtain the assistance of a lawyer and to be advised of that right, in violation of s. 10(b) of the *Charter*. He also held that the police violated C's right to silence as protected by s. 7 of the *Charter* and obtained a statement that was not voluntary. The trial judge also found that the investigators had misled a judicial officer to obtain warrants. The trial judge excluded all of the evidence pursuant to s. 24(2) of the *Charter*, finding that its admission would

chez C vers minuit. Les lumières étaient éteintes et le calme régnait. Vêtue d'un pyjama, C leur a ouvert. Les agents ont expliqué qu'ils voulaient déterminer ce qui s'était produit et vérifier la sûreté des lieux, mais ils ne lui ont pas révélé qu'ils croyaient que H avait subi une blessure par balle. Suivis de C, les policiers ont inspecté l'intérieur et l'extérieur de la résidence, y compris un gazebo (ou gloriette). Ils l'ont interrogée sur la présence d'armes à feu dans la maison. Elle a confirmé qu'il y en avait deux, mais elle a pu en trouver qu'une seule, qu'elle leur a montrée. Les policiers ont ultérieurement obtenu des mandats qu'ils ont exécutés à la résidence de C. Ils ont découvert une carabine de calibre .22, soit le calibre du projectile retiré du crâne de H.

Emmenée au poste de police vers 3 h, C n'a fait l'objet d'une mise en garde à titre de témoin important relativement à la tentative de meurtre sur la personne de H et n'a été informée de son droit à l'avocat qu'à 5 h 23. Une fois mise en garde, C a consulté un avocat puis a invoqué son droit de garder le silence. Elle a ensuite décrit les événements aux policiers avant d'être mise en état d'arrestation pour tentative de meurtre. Elle a fait l'objet d'une nouvelle mise en garde, elle a été informée de son droit à l'assistance d'un avocat et elle s'est entretenue à nouveau avec un avocat. Une fois en état d'arrestation, C a été interrogée toute la journée. Elle s'est montrée en proie à une grande anxiété parce que la porte de la salle d'interrogatoire était fermée, elle a paru épuisée et elle a dit plusieurs fois à l'enquêteur qu'elle en avait assez, qu'elle ne voulait plus parler ou qu'elle voulait aller se coucher. L'interrogatoire a pris fin à 20 h le 23 juillet, après qu'elle eut été informée du décès de H et accusée de meurtre au deuxième degré.

C a demandé au juge du procès d'écarter la preuve présentée contre elle. Le juge a conclu que les policiers s'étaient livrés à la violation systématique des droits de C, de l'arrivée initiale à la résidence jusqu'à la fin de l'interrogatoire. Il a estimé que l'introduction des policiers sur la propriété de C, ainsi que la fouille de la maison, du terrain et du gazebo constituaient des fouilles, saisies et perquisitions abusives au sens de l'art. 8 de la *Charte*. À son avis, les policiers avaient détenu C sans lui préciser le motif de la mesure comme l'exige l'al. 10a) de la *Charte* et ils avaient porté atteinte à son droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat et d'être informée de ce droit, tous deux garantis à l'al. 10b) de la *Charte*. Il a aussi opiné qu'ils avaient foulé au pied le droit de C de garder le silence garanti à l'art. 7 de la *Charte* et obtenu une déclaration qui n'était pas volontaire. Il a ajouté que les enquêteurs avaient induit un officier de justice en erreur dans le but d'obtenir des mandats de perquisition. Il a donc écarté la preuve

bring the administration of justice into disrepute, and C was acquitted of the charge. The Court of Appeal found that the trial judge was right to exclude C's statements to police. However, it concluded that the trial judge had erred by excluding the observations the police made of the exterior of C's home before the warrants were issued as well as the physical evidence obtained at C's home in execution of the warrants. It ordered a new trial.

Held (Deschamps J. dissenting): The appeal should be allowed and the acquittal restored.

Per McLachlin C.J. and Binnie, LeBel, Fish, Abella, Charron, Rothstein and Cromwell JJ.: The standard of review of a trial judge's s. 24(2) determination of what would bring the administration of justice into disrepute having regard to all of the circumstances is as follows: where a trial judge has considered the proper factors and has not made any unreasonable finding, his or her determination is owed considerable deference on appellate review.

This Court established a revised approach to the exclusion of evidence under s. 24(2) in *R. v. Grant*, 2009 SCC 32, [2009] 2 S.C.R. 353. This Court held that three avenues of inquiry were relevant to an assessment of whether the admission of evidence obtained in breach of the *Charter* would bring the administration of justice into disrepute: (1) an evaluation of the seriousness of the state conduct; (2) the seriousness of the impact of the *Charter* violation on the *Charter*-protected interests of the accused; and (3) society's interest in an adjudication on the merits. After considering these factors, a court must then balance the assessments under each of these avenues of inquiry in making its s. 24(2) determination to determine whether admission of the evidence would bring the administration of justice into disrepute.

The Court of Appeal erred in intervening on the basis that the police had not deliberately acted in an abusive manner. By its re-characterization of the evidence which departed from express findings by the trial judge which were not tainted by any clear and determinative error, the Court of Appeal exceeded its role. The Court of Appeal also erred in reweighing the impact of the seriousness of the offence. This consideration was fully addressed by the trial judge who was aware of the seriousness of the offence and of the consequences of excluding the evidence.

Furthermore, the Court of Appeal erred by placing undue weight on the "discoverability" of the evidence in its s. 24(2) analysis. Its principal basis for appellate

en entier en application du par. 24(2) de la *Charte* au motif que son utilisation était susceptible de déconsidérer l'administration de la justice, acquittant du coup C. La Cour d'appel a statué que le juge du procès avait eu raison d'écarter les déclarations de C. Elle a cependant estimé qu'il avait écarté à tort les constatations des policiers faites à l'extérieur de la maison de C avant que les mandats ne soient décernés, de même que la preuve matérielle recueillie sur les lieux lors de l'exécution des mandats. Elle a ordonné un nouveau procès.

Arrêt (la juge Deschamps est dissidente) : Le pourvoi est accueilli, et l'acquiescement est rétabli.

La juge en chef McLachlin et les juges Binnie, LeBel, Fish, Abella, Charron, Rothstein et Cromwell : La norme de contrôle applicable à la détermination, par le juge du procès, de ce qui, suivant le par. 24(2), est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice eu égard aux circonstances est la suivante. Lorsque le juge du procès a pris en compte les considérations applicables et n'a tiré aucune conclusion déraisonnable, sa décision justifie une grande déférence en appel.

Dans l'arrêt *R. c. Grant*, 2009 CSC 32, [2009] 2 R.C.S. 353, la Cour a redéfini la démarche qui s'impose pour décider d'écarter ou non la preuve en application du par. 24(2). Elle a retenu trois questions pour déterminer si l'utilisation d'un élément de preuve obtenu en violation de la *Charte* est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice : (1) la gravité de la conduite de l'État, (2) l'importance de l'incidence de la violation sur les droits constitutionnels de l'accusé et (3) l'intérêt de la société à ce que l'affaire soit jugée au fond. Après avoir examiné ces questions, le tribunal doit mettre en balance l'appréciation de chacune d'elles pour statuer sur la demande fondée sur le par. 24(2) et déterminer si l'utilisation des éléments de preuve est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

La Cour d'appel a eu tort d'intervenir au motif que les policiers n'avaient pas délibérément agi de manière abusive. En qualifiant de nouveau la preuve, tournant ainsi le dos aux conclusions expresses du juge du procès qui étaient pourtant exemptes d'erreur manifeste et déterminante, elle a outrepassé son rôle. Elle a également commis une erreur en soupesant à nouveau l'incidence de la gravité de l'infraction, une considération dûment examinée par le juge du procès, qui était conscient de la gravité de l'infraction et des conséquences de l'exclusion de la preuve.

Qui plus est, dans son analyse fondée sur le par. 24(2), la Cour d'appel a commis l'erreur d'accorder trop d'importance à la « possibilité de découvrir » la preuve.

intervention was that the physical evidence could have been obtained legally by warrant, without C's participation. Discoverability is a relevant factor under the current s. 24(2) analysis, however, it is not determinative. A finding of discoverability does not necessarily lead to admission of evidence. In appropriate cases, discoverability may be relevant to the first two branches of the *Grant* analysis.

In the case at bar, with respect to the first branch of the analysis, it is clear that the trial judge considered the officers' misconduct to be very serious. The collection of the evidence pursuant to the warrants was an extension of the earlier, unlawful warrantless searches. The fact that the police could have demonstrated to a judicial officer that they had reasonable and probable grounds to believe that an offence had been committed and that there was evidence to be found, but did not do so, significantly aggravated the seriousness of their misconduct. The police misconduct in obtaining the warrants further aggravated the seriousness of the *Charter*-infringing state conduct. With respect to the second branch of the analysis, the absence of prior judicial authorization constitutes a significant infringement of privacy. Having regard to all of the circumstances, the impact of the police misconduct on C's right to privacy was serious: the unauthorized search occurred in her home in the middle of the night while she was detained and the search was not brief. The breach implicated her liberty, her dignity as well as her privacy interests. Thus, the absence of prior authorization for the search was a serious affront to her reasonable expectation of privacy.

In this case, the trial judge drew the line where the police had continually shown systemic disregard for the law and the Constitution. The trial judge did not err in concluding that the courts must not tolerate this sort of behaviour by those sworn to uphold the law. He took the only course open to him in order to prevent the administration of justice from falling into further disrepute by condoning this disturbing and aberrant police behaviour.

Per Deschamps J. (dissenting): The application of the three-stage test proposed in *R. v. Grant* leads to the conclusion that the physical evidence should not have been excluded. At the first stage of the analysis — that of the seriousness of the *Charter*-infringing state conduct — the police officers' conduct revealed a serious

Le principal fondement de son intervention est que la preuve matérielle aurait pu être recueillie légalement avec un mandat, sans la participation de C. La possibilité de découvrir la preuve est pertinente dans l'analyse actuelle que commande le par. 24(2), mais elle n'est pas déterminante. La conclusion selon laquelle elle aurait pu être découverte n'emporte pas nécessairement l'utilisation de la preuve au procès. Dans les cas qui s'y prêtent, la possibilité de découvrir la preuve peut jouer dans l'application des deux premiers volets de la grille d'analyse de l'arrêt *Grant*.

Dans la présente affaire, pour ce qui concerne le premier volet de l'analyse, il est clair que selon le juge du procès, les actes reprochés aux policiers étaient très graves. La collecte des éléments de preuve était le simple prolongement des fouilles antérieures illégales effectuées sans mandat. Le fait que les policiers auraient pu convaincre un officier de justice qu'ils avaient des motifs raisonnables et probables de croire qu'une infraction avait été commise et que des éléments de preuve seraient découverts, mais qu'ils n'ont pas tenté de le faire, a sensiblement accru la gravité de leurs actes. La conduite répréhensible des policiers dans l'obtention des mandats n'a fait qu'aggraver la conduite attentatoire de l'État. En ce qui a trait au deuxième volet de l'analyse, l'absence d'une autorisation judiciaire préalable constitue une atteinte grave à la vie privée. Compte tenu de l'ensemble des circonstances, l'incidence de la conduite répréhensible des policiers sur le droit de C à la vie privée était grave : la perquisition non autorisée a eu lieu dans sa maison au milieu de la nuit tandis qu'elle était détenue, et la mesure n'a pas été de courte durée. La violation a touché les droits de C à la liberté, à la dignité et à la vie privée. Partant, l'absence d'autorisation préalable de la fouille a gravement bafoué son attente raisonnable en matière de vie privée.

En l'espèce, le juge du procès a écarté la preuve parce que les policiers avaient sans cesse agi au mépris de la loi et de la Constitution. Il n'a pas eu tort de conclure que les tribunaux ne doivent pas tolérer ce genre de comportement chez ceux qui ont fait serment de veiller au respect de la loi. Il a pris la seule mesure possible pour faire en sorte que l'administration de la justice ne soit pas déconsidérée davantage par la tolérance des actes troublants et aberrants des policiers.

La juge Deschamps (dissidente) : L'application de la grille d'analyse en trois étapes proposée dans l'arrêt *R. c. Grant* mène à la conclusion que la preuve matérielle n'aurait pas dû être exclue. À la première étape de l'analyse — la gravité de la conduite attentatoire de l'État —, la conduite des policiers révèle un irrisp

disregard for C's constitutional rights. Not only did the officers not concern themselves with obtaining either a warrant or C's informed consent before conducting their initial search, they also attempted to conceal the constitutional violations of C's rights.

At the second stage — that of the impact of the *Charter* breach on the *Charter*-protected interests of the accused — it is clear that the trial judge did not evaluate the actual impact of the breach. The main interest affected by the unlawful police search was C's expectation of privacy. In this regard, it is not enough to find that the search resulted in an invasion of privacy, as it is also necessary to determine the impact of the failure to obtain prior authorization on C's expectation. To do this, the situation here must be compared with the one that would have prevailed had the search been authorized in advance. It is more specifically the difference in seriousness between the two situations that reveals the extent to which the breach actually undermined the protected interests. In this case, a warrant could have been issued at the start of the investigation and the resulting invasion of C's privacy would, in practice, have been identical to the one that resulted from the warrantless search. Moreover, C did not have the highest expectation of privacy. She was the first and only person to whom the police officers could speak to find out what had happened in the moments before her spouse was taken away by ambulance. Therefore, the visit from the police could hardly be said to have been unexpected.

As for the third stage of the analysis — that of determining whether the search for truth would be better served by admitting the evidence or by excluding it — the evidence in question was reliable physical evidence, and its admission was likely to be of crucial importance to the truth-seeking function and to the conduct of the trial, since the exclusion of the statements made to the police by C meant that it was the only remaining evidence.

After completing all three stages of the analysis, it is necessary to balance the factors that weigh in favour of and against excluding the evidence. Here, the police misconduct, considered as a whole, is serious and the courts must dissociate themselves from it. However, it is possible to do so in respect of the constitutional violations in this case without excluding all the evidence. There are cases of impacts on expectations of privacy that are much more serious. Moreover, where reliable and important evidence exists, society's interest in the search for truth stands out. On the whole, it is the

grave des droits constitutionnels de C. Non seulement les policiers ne se sont pas souciés d'obtenir un mandat ou le consentement éclairé de C avant de procéder à leur perquisition initiale, mais ils ont également tenté de masquer les violations constitutionnelles des droits de C.

Par ailleurs, pour ce qui est de la deuxième étape — l'effet qu'a la violation de la *Charte* sur les droits qui y sont garantis à l'accusé —, il est clair que le juge de première instance n'a pas évalué la portée réelle de la violation. Le principal intérêt touché par la perquisition policière illégale est l'attente de C en matière de respect de sa vie privée. À cet égard, il ne suffit pas de constater l'existence de l'atteinte à la vie privée résultant de la perquisition, mais il faut aussi déterminer l'incidence de l'absence d'autorisation préalable sur l'attente de C. Pour ce faire, il faut comparer le cas présent à ce qu'aurait été la situation si la perquisition avait été préalablement autorisée. C'est surtout l'écart de gravité entre les deux situations qui constitue la portée réelle de l'atteinte aux intérêts protégés. En l'espèce, le mandat aurait pu être décerné dès le début de l'enquête et C aurait alors subi une atteinte à sa vie privée qui, concrètement, aurait été identique à celle qui découlait de la perquisition sans mandat. De plus, l'attente en matière de vie privée ne se situait pas au niveau le plus élevé. C était la première et la seule interlocutrice à laquelle les policiers pouvaient s'adresser pour connaître les faits survenus dans les moments précédant le transport de son conjoint en ambulance. Leur visite pouvait donc difficilement être qualifiée d'inattendue.

En ce qui concerne la troisième étape de l'analyse — la recherche de la vérité sera-t-elle mieux servie par l'utilisation de la preuve ou par son exclusion —, il s'agit en l'espèce d'une preuve matérielle fiable et son utilisation est susceptible de jouer un rôle capital dans la recherche de la vérité et la poursuite du procès puisque du fait de l'exclusion des déclarations faites par C aux policiers, cette preuve est la seule qui subsiste.

Après avoir procédé à chacune des trois étapes, il y a lieu de mettre en balance les facteurs favorables et défavorables à l'exclusion de la preuve. Considérée globalement, l'inconduite policière constatée en l'espèce est grave et commande que les tribunaux s'en dissocient. Il est cependant possible de se dissocier des violations constitutionnelles qui ont été commises sans pour autant exclure l'ensemble de la preuve. L'atteinte aux droits constitutionnels de C n'atteint pas le niveau de gravité le plus élevé. De plus, en présence de preuves fiables et importantes, l'intérêt de la société dans

exclusion of the physical evidence that would bring the administration of justice into disrepute.

Cases Cited

By Cromwell J.

Applied: *R. v. Grant*, 2009 SCC 32, [2009] 2 S.C.R. 353; **referred to:** *R. v. Godoy*, [1999] 1 S.C.R. 311; *R. v. Evans*, [1996] 1 S.C.R. 8; *R. v. Tricker* (1995), 21 O.R. (3d) 575; *R. v. Araujo*, 2000 SCC 65, [2000] 2 S.C.R. 992; *R. v. Grant*, [1993] 3 S.C.R. 223; *R. v. Harrison*, 2009 SCC 34, [2009] 2 S.C.R. 494, rev'g 2008 ONCA 85, 89 O.R. (3d) 161; *R. v. Beaulieu*, 2010 SCC 7, [2010] 1 S.C.R. 248; *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; *R. v. Stillman*, [1997] 1 S.C.R. 607; *R. v. Colarusso*, [1994] 1 S.C.R. 20; *R. v. Buhay*, 2003 SCC 30, [2003] 1 S.C.R. 631; *R. v. Nolet*, 2010 SCC 24, [2010] 1 S.C.R. 851; *R. v. Feeney*, [1997] 2 S.C.R. 13; *R. v. Greffe*, [1990] 1 S.C.R. 755.

By Deschamps J. (dissenting)

R. v. Grant, 2009 SCC 32, [2009] 2 S.C.R. 353; *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; *R. v. Stillman*, [1997] 1 S.C.R. 607; *Vancouver (City) v. Ward*, 2010 SCC 27, [2010] 2 S.C.R. 28; *R. v. Harrison*, 2009 SCC 34, [2009] 2 S.C.R. 494.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 8, 10, 24.
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 488.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Dalphond, Duval Hesler and Gagnon J.J.A.), 2010 QCCA 303, 74 C.R. (6th) 130, SOQUIJ AZ-50609169, [2010] Q.J. No. 1162 (QL), 2010 CarswellQue 15137, setting aside the acquittal entered by Cournoyer J., 2008 QCCS 3749, SOQUIJ AZ-50509743, [2008] J.Q. n° 7951 (QL), 2008 CarswellQue 7931, and ordering a new trial. Appeal allowed, Deschamps J. dissenting.

Carole Gladu, Josée Veilleux and Karine Guay, for the appellant.

Magalie Cimon and Pierre Goulet, for the respondent.

Frank Addario and Kelly Doctor, for the intervenor.

la recherche de la vérité ressort. Dans l'ensemble, c'est l'exclusion de la preuve matérielle qui déconsidérerait l'administration de la justice.

Jurisprudence

Citée par le juge Cromwell

Arrêt appliqué : *R. c. Grant*, 2009 CSC 32, [2009] 2 R.C.S. 353; **arrêts mentionnés :** *R. c. Godoy*, [1999] 1 R.C.S. 311; *R. c. Evans*, [1996] 1 R.C.S. 8; *R. c. Tricker* (1995), 21 O.R. (3d) 575; *R. c. Araujo*, 2000 CSC 65, [2000] 2 R.C.S. 992; *R. c. Grant*, [1993] 3 R.C.S. 223; *R. c. Harrison*, 2009 CSC 34, [2009] 2 R.C.S. 494, inf. 2008 ONCA 85, 89 O.R. (3d) 161; *R. c. Beaulieu*, 2010 CSC 7, [2010] 1 R.C.S. 248; *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; *R. c. Stillman*, [1997] 1 R.C.S. 607; *R. c. Colarusso*, [1994] 1 R.C.S. 20; *R. c. Buhay*, 2003 CSC 30, [2003] 1 R.C.S. 631; *R. c. Nolet*, 2010 CSC 24, [2010] 1 R.C.S. 851; *R. c. Feeney*, [1997] 2 R.C.S. 13; *R. c. Greffe*, [1990] 1 R.C.S. 755.

Citée par le juge Deschamps (dissidente)

R. c. Grant, 2009 CSC 32, [2009] 2 R.C.S. 353; *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; *R. c. Stillman*, [1997] 1 R.C.S. 607; *Vancouver (Ville) c. Ward*, 2010 CSC 27, [2010] 2 R.C.S. 28; *R. c. Harrison*, 2009 CSC 34, [2009] 2 R.C.S. 494.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 8, 10, 24.
Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 488.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (les juges Dalphond, Duval Hesler et Gagnon), 2010 QCCA 303, 74 C.R. (6th) 130, SOQUIJ AZ-50609169, [2010] J.Q. n° 1162 (QL), 2010 CarswellQue 1175, qui a annulé l'acquittement prononcé par le juge Cournoyer, 2008 QCCS 3749, SOQUIJ AZ-50509743, [2008] J.Q. n° 7951 (QL), 2008 CarswellQue 7931, et qui a ordonné la tenue d'un nouveau procès. Pourvoi accueilli, la juge Deschamps est dissidente.

Carole Gladu, Josée Veilleux et Karine Guay, pour l'appelante.

Magalie Cimon et Pierre Goulet, pour l'intimée.

Frank Addario et Kelly Doctor, pour l'intervenante.

The judgment of McLachlin C.J. and Binnie, LeBel, Fish, Abella, Charron, Rothstein and Cromwell JJ. was delivered by

CROMWELL J. —

I. Introduction

[1] Evidence obtained in a manner that violates rights guaranteed by the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* must be excluded if, having regard to all of the circumstances, its admission would bring the administration of justice into disrepute: s. 24(2). This case raises in stark terms how this requirement applies when the court is faced with serious and systematic disregard for *Charter* rights by the police during the investigation of a serious crime.

[2] On the appellant's trial for second degree murder, the trial judge, after a five-day hearing, concluded that the police investigators over several hours had violated virtually every *Charter* right accorded to a suspect in a criminal investigation. These violations, he held, were not the result of isolated errors of judgment on the part of the police investigators, but rather were part of a larger pattern of disregard of the appellant's *Charter* rights. The seriousness of this misconduct was aggravated by the facts that the investigators had misled a judicial officer in order to obtain search warrants and that, as witnesses at trial, they had refused to admit obvious facts, offered improbable hypotheses and tried to justify their actions on untenable grounds. The trial judge found that to admit the evidence in the face of this extraordinarily troubling police misconduct, even when his decision would lead to an acquittal of a serious crime, would bring the administration of justice into disrepute. He therefore ordered its exclusion. In response to this ruling, the Crown stated that it had no other evidence and the appellant was acquitted of the charge.

[3] The Crown appealed to the Court of Appeal which held that some of the evidence which the trial

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Binnie, LeBel, Fish, Abella, Charron, Rothstein et Cromwell rendu par

LE JUGE CROMWELL —

I. Introduction

[1] Le tribunal doit écarter la preuve obtenue en violation des droits garantis par la *Charte canadienne des droits et libertés* lorsque, eu égard aux circonstances, son utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice : par. 24(2). La présente affaire illustre bien la manière dont cette règle s'applique lorsque des policiers ont fait preuve d'un mépris à la fois grave et systématique envers les droits constitutionnels d'une personne lors d'une enquête sur un crime grave.

[2] Au procès de l'appelante accusée de meurtre au deuxième degré, le juge du procès a conclu à l'issue d'une audience de cinq jours que, pendant plusieurs heures, les policiers avaient violé presque tous les droits que la *Charte* garantit à un suspect dans le cadre d'une enquête criminelle. Il a estimé qu'il ne s'agissait pas d'erreurs de jugement isolées de la part des policiers, mais plutôt d'un mépris systématique des droits constitutionnels de l'appelante. Les actes répréhensibles étaient d'autant plus graves que les enquêteurs avaient induit un officier de justice en erreur afin d'obtenir des mandats de perquisition et que, appelés à témoigner au procès, ils ont refusé de reconnaître des faits évidents, formulé des hypothèses invraisemblables et tenté de fonder leurs actes sur des motifs qui ne tenaient pas la route. Selon le juge du procès, c'est l'utilisation de la preuve en dépit de cette conduite consternante des policiers qui était susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. Et même si cette conclusion devait mener à l'acquiescement de l'auteur d'un crime grave, il a néanmoins écarté la preuve. Dès lors, le ministère public a déclaré ne pas disposer d'autres éléments de preuve, et l'appelante a été acquittée.

[3] Le ministère public s'est adressé à la Cour d'appel, qui a conclu que certains des éléments de

judge had excluded should have been admitted. The court therefore set aside the trial judge's decision in part and ordered a new trial. On Ms. Côté's further appeal to this Court, the issue is whether the Court of Appeal erred in law in doing so.

[4] In my respectful view, the appeal must succeed and the decision of the trial judge to exclude the evidence restored. The trial judge drew the line where the police had continually shown systematic disregard for the law and the Constitution. The trial judge did not err in concluding that the courts must not tolerate this sort of behaviour by those sworn to uphold the law. He took the only course open to him in order to prevent the administration of justice from falling into further disrepute by condoning this disturbing and aberrant police behaviour.

II. Facts, Proceedings and Issues

A. *Evidence and Decision at Trial, 2008 QCCS 3749 (CanLII)*

(1) Overview

[5] The appellant applied to the trial judge to exclude evidence which she claimed had been obtained in a manner that infringed her rights under the *Charter*. The appellant also sought exclusion of her statements to the police on the basis that they had not been made voluntarily. The trial judge essentially agreed with the appellant, finding that the police violated the appellant's rights and misconducted themselves in several respects.

[6] The trial judge concluded that the police embarked on a systematic violation of Ms. Côté's rights when they entered onto her property at approximately 12:15 a.m. on July 23, 2006, and these violations extended until 8:00 p.m. that evening when her interrogation ended. First, the police officers' entry on the appellant's property, their authorization to enter her home, the search of her house, the peripheral search of the property and the search of her gazebo constituted

preuve écartés par le juge du procès auraient dû être admis. La Cour d'appel a donc annulé la décision en partie et ordonné un nouveau procès. Dans le pourvoi de M^{me} Côté devant notre Cour, il faut décider si la Cour d'appel a de ce fait commis une erreur de droit.

[4] À mon humble avis, le pourvoi doit être accueilli et la décision de première instance, rétablie. Le juge du procès a écarté la preuve parce que les policiers ont sans cesse agi au mépris de la loi et de la Constitution. Il n'a pas eu tort de conclure que les tribunaux ne doivent pas tolérer ce genre de comportement chez ceux qui ont fait serment de veiller au respect de la loi. Il a pris la seule mesure possible pour faire en sorte que l'administration de la justice ne soit pas déconsidérée davantage par la tolérance des actes troublants et aberrants des policiers.

II. Faits, historique des procédures et questions en litige

A. *Preuve et décision de première instance, 2008 QCCS 3749 (CanLII)*

(1) Aperçu

[5] L'appelante a présenté au juge du procès une requête pour que soit écartée la preuve qui, selon elle, avait été obtenue en violation des droits que lui garantissait la *Charte*. Elle a aussi demandé l'exclusion de ses déclarations aux policiers au motif qu'elles n'avaient pas été volontaires. Le juge du procès lui a essentiellement donné raison, estimant que les policiers avaient violé ses droits et agi irrégulièrement à plusieurs égards.

[6] Il conclut que les policiers se sont livrés à la violation systématique des droits de M^{me} Côté dès leur arrivée chez elle vers 0 h 15 le 23 juillet 2006, et ce, jusqu'à la fin de l'interrogatoire à 20 h le même jour. Premièrement, l'introduction des policiers sur la propriété de l'appelante, l'autorisation d'entrer dans la maison, la fouille de celle-ci, la fouille périphérique du terrain et la fouille du gazebo (ou gloriette) constituaient des fouilles, saisies et perquisitions abusives au sens de l'art. 8 de

unreasonable searches and seizures contrary to s. 8 of the *Charter*. Second, within a few moments of their arrival, the police detained the appellant without telling her why, in violation of s. 10(a) of the *Charter*. Third, at that point, and later on in their dealings with the appellant, the police violated her right to obtain the assistance of a lawyer and to be advised of that right, both in violation of s. 10(b) of the *Charter*. Fourth, the police violated the appellant's right to silence as protected by s. 7 of the *Charter* and fifth, through their improper questioning, obtained a statement that was not voluntary. In addition, the trial judge found that the investigators had misled a judicial officer to obtain search warrants and had been evasive and unbelievable witnesses at trial. After balancing society's interest in discovering the truth against its interest in maintaining the integrity of the administration of justice, the trial judge excluded all of the evidence, finding that its admission would bring the administration of justice into disrepute.

(2) Evidence and Reasons

[7] On July 22, 2006, a little before 9:00 p.m., Ms. Côté called 9-1-1 to report that her spouse, André Hogue, had been injured. Mr. Hogue was transported to the Hôtel-Dieu hospital in Sorel and attended to by Dr. Nicolas Elazhary. Dr. Elazhary established that Mr. Hogue had a wound in the back of his head and concluded that he was suffering from head and possibly throat injuries. An X-ray revealed an intracerebral hematoma and a metal image compatible with a projectile. Dr. Elazhary communicated this information to Sergeant François Monetta of the Sûreté du Québec (Tracy Detachment) at 11:08 p.m. Shortly thereafter, Sergeant Monetta sent Constable Alain Hogue to the hospital to speak with Dr. Elazhary. At 11:28 p.m. Dr. Elazhary confirmed the presence of a metal object in the victim's skull and Constable Hogue relayed this information to Sergeant Monetta. At 11:38 p.m. Sergeant Monetta contacted Constable Jean-François Fortier in the Nicolet Detachment of the Sûreté du Québec and communicated the information he had about the victim and the

Charte. Deuxièmement, peu de temps après leur arrivée, les policiers ont détenu l'appelante sans lui préciser le motif de la mesure comme l'exige l'al. 10a) de la *Charte*. Troisièmement, les policiers ont alors — et plus tard pendant leurs échanges avec l'appelante — porté atteinte à son droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat et d'être informée de ce droit, tous deux garantis à l'al. 10b) de la *Charte*. Quatrièmement, ils ont foulé au pied le droit de l'appelante de garder le silence garanti à l'art. 7 de la *Charte* et, cinquièmement, en posant des questions inappropriées, ils ont obtenu une déclaration qui n'était pas volontaire. De plus, le juge du procès conclut que les enquêteurs ont induit un officier de justice en erreur dans le but d'obtenir des mandats de perquisition et qu'ils ont témoigné de façon évasive et indigne de foi lors du procès. Après avoir mis en balance l'intérêt qu'a la société à découvrir la vérité et son intérêt à préserver l'intégrité de l'administration de la justice, il écarte la preuve en entier et conclut que son utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

(2) Preuve et motifs

[7] Le 22 juillet 2006, peu avant 21 h, M^{me} Côté a composé le 9-1-1 pour signaler que son conjoint, André Hogue, avait été blessé. M. Hogue a été transporté à l'hôpital Hôtel-Dieu de Sorel et confié aux soins du D^r Nicolas Elazhary. Le médecin a constaté une plaie occipitale et conclu à un traumatisme neurologique et à de possibles dommages à la gorge. Une radiographie a révélé un hématome intracérébral et la présence d'éclats de métal compatible avec la pénétration d'un projectile. Le D^r Elazhary a communiqué ces renseignements au sergent François Monetta de la Sûreté du Québec (détachement de Tracy) à 23 h 8. Peu après, le sergent Monetta a envoyé l'agent Alain Hogue rencontrer le D^r Elazhary à l'hôpital. À 23 h 28, le D^r Elazhary a confirmé la présence d'un objet métallique dans le crâne de la victime, et l'agent Hogue en a informé le sergent Monetta. Dix minutes plus tard, le sergent Monetta a joint l'agent Jean-François Fortier du détachement de la Sûreté du Québec de Nicolet et il lui a transmis les renseignements qu'il détenait sur la victime

incident, including the observations made by Dr. Elazhary. Thus, from at least 11:38 p.m., before officers arrived at Ms. Côté's residence, the police knew that they were in all likelihood dealing with a bullet wound to the back of the head. They were also aware that the victim had been transported to the hospital from the appellant's address earlier that evening.

[8] The appellant contacted Dr. Elazhary around 11:30 p.m. She told him that she had left Mr. Hogue beside the gazebo and that when she returned he was lying on the ground. Dr. Elazhary informed the appellant that Mr. Hogue was suffering from head trauma but did not mention the discovery of the bullet wound.

(a) *Investigation of 9-1-1 Call*

[9] Around 12:15 a.m. patrolling officers Tremblay and Mathieu attended at the appellant's home. All of the lights were off and the house appeared to be calm. Believing the main entrance to be at the rear of the house, the officers went around the back, entered the solarium and rang the doorbell. The appellant answered the door in her pyjamas. The officers explained that they were there to find out what had happened earlier that evening and to make sure the premises were safe. However, the trial judge was of the view that their explanations did not reflect their true intentions. The trial judge held that

[TRANSLATION] [a]s unpleasant as this might be for a judge, the court did not believe Constables Tremblay, Mathieu and Fortier. They unfortunately failed to display the candour and honesty that are to be expected of police officers responsible for law enforcement. [para. 126]

The officers asked to enter the house and, without responding, the appellant stepped aside. She accompanied the officers as they inspected the interior and exterior of the residence. They did not tell the appellant that they believed that her spouse was suffering from a gunshot wound.

[10] The trial judge found that the violation of the appellant's rights began shortly after the police arrived at her home, when they entered onto her

et sur l'événement, y compris les observations du D^r Elazhary. Par conséquent, dès 23 h 38 à tout le moins, avant que les agents n'arrivent chez M^{me} Côté, les policiers savaient que, selon toute vraisemblance, la victime avait été blessée par balle à l'arrière de la tête. Ils savaient aussi que la victime avait été transportée plus tôt en soirée du domicile de l'appelante à l'hôpital.

[8] L'appelante a joint le D^r Elazhary vers 23 h 30. Elle lui a dit qu'elle avait laissé M. Hogue près du gazebo, puis qu'elle l'avait retrouvé étendu par terre. Le D^r Elazhary l'a informée que M. Hogue souffrait d'un trauma à la tête, mais sans mentionner la découverte d'une blessure par balle.

a) *L'enquête sur l'appel au 9-1-1*

[9] Vers 0 h 15, les patrouilleurs Tremblay et Mathieu se sont présentés chez l'appelante. Aucune lumière n'était allumée et le calme régnait. Comme ils croyaient que l'entrée principale se trouvait à l'arrière, les agents ont fait le tour de la maison, sont entrés dans le solarium (ou la véranda) et ont sonné à la porte. L'appelante leur a ouvert. Elle portait un vêtement de nuit. Les agents ont expliqué qu'ils voulaient savoir ce qui s'était produit plus tôt dans la soirée et vérifier la sûreté des lieux. Le juge du procès estime cependant que leurs explications ne reflétaient pas leurs intentions véritables. Il conclut :

Aussi désagréable que soit cette perspective pour un juge, le Tribunal n'a pas cru les agents Tremblay, Mathieu et Fortier. La franchise et la sincérité qu'on doit attendre de policiers chargés d'assurer l'application de la loi n'étaient malheureusement pas au rendez-vous. [par. 126]

Les policiers ont alors demandé s'ils pouvaient entrer. Sans un mot, l'appelante a reculé pour les laisser passer. Elle les a suivis pendant leur inspection de l'intérieur et de l'extérieur de la maison. Ils n'ont pas révélé à l'appelante qu'ils croyaient que son conjoint avait subi une blessure par balle.

[10] Le juge du procès conclut que la violation des droits de l'appelante par les policiers a débuté peu après leur arrivée à la résidence, lorsqu'ils se

property. The police relied on their power to investigate the 9-1-1 call, and, in particular, to locate the caller, determine his or her reasons for making the call, and provide the required assistance, but the trial judge found that the legitimate ambit of that power to investigate had expired earlier that evening and could not justify their investigation as it unfolded at the appellant's residence: see *R. v. Godoy*, [1999] 1 S.C.R. 311, at para. 22. In the trial judge's view, the police went to the appellant's house with the intention of conducting a criminal investigation, so they could not claim that, at 12:15 a.m., they were responding to a 9-1-1 call placed at 8:51 p.m. He found it telling that, while seeking the appellant's consent to look around her home, the police had deliberately chosen not to inform her about the gunshot wound to her spouse's head. The trial judge concluded that the police thought the appellant was a suspect in an attempted murder and were not responding to a call for assistance. The trial judge also found it incredible that the police tried to justify their intervention on the basis of ensuring Ms. Côté's safety. If the police had been genuinely concerned for the appellant's safety, he determined that they would not have had her accompany them as they searched the house.

[11] The trial judge explained that even if the parameters set out in *Godoy* were respected during the initial police intervention, this power does not authorize police to search the premises or otherwise intrude on a resident's privacy or property. He concluded that the power recognized in *Godoy* did not authorize the searches of the appellant's house and property and these searches were thus unlawful.

(b) *Invitation to Knock and Approach*

[12] The Crown also sought to justify the police intervention on the basis of the implied invitation to knock and approach the door for a lawful purpose as set out in *R. v. Evans*, [1996] 1 S.C.R. 8. This refers to the idea that "the occupier of a dwelling gives implied licence to any member of the public, including a police officer, on legitimate business to come on to the property" (*Evans*, at para. 13, *per*

sont introduits dans la propriété. Les policiers ont invoqué leur pouvoir d'enquêter sur l'appel au 9-1-1 et notamment d'en trouver l'auteur, d'en déterminer l'objet et d'apporter l'aide nécessaire. Or, pour le juge du procès, ce pouvoir avait cessé d'exister plus tôt dans la soirée et ne pouvait pas justifier l'enquête effectuée chez l'appelante : voir *R. c. Godoy*, [1999] 1 R.C.S. 311, par. 22. Selon lui, les policiers se sont rendus chez l'appelante dans l'intention d'y entreprendre une enquête criminelle, de sorte qu'ils ne pouvaient prétendre répondre à 0 h 15 à un appel reçu à 20 h 51. Il lui paraît révélateur que même s'ils ont demandé le consentement de l'appelante pour inspecter sa maison, les policiers ont délibérément choisi de ne pas lui dire que son conjoint avait été atteint d'une balle à la tête. L'appelante était soupçonnée de tentative de meurtre, et les policiers ne répondaient pas à un appel à l'aide. Le juge du procès estime par ailleurs que l'allégation des policiers selon laquelle ils voulaient s'assurer que M^{me} Côté était en sûreté n'est pas digne de foi. Si les policiers s'étaient véritablement souciés de la sûreté de l'appelante, ils ne l'auraient pas emmenée avec eux fouiller la maison.

[11] Le juge du procès explique que même si les paramètres énoncés dans l'arrêt *Godoy* avaient été respectés lors de l'intervention initiale, le pouvoir qui y est reconnu n'autorisait pas les policiers à fouiller les lieux ou à s'immiscer par ailleurs dans la vie privée ou la propriété de l'occupant. Il conclut que le pouvoir reconnu dans cet arrêt n'autorisait ni la fouille du terrain ni celle de la maison, de sorte qu'elles étaient illégales.

b) *L'invitation à s'approcher de la porte et à y frapper*

[12] Le ministère public a également cherché à justifier l'intervention policière en faisant valoir qu'il existait une invitation implicite à s'approcher de la porte dans un but légitime et à y frapper du fait que « l'occupant d'une maison d'habitation autorise implicitement tout membre du public, y compris un policier, à pénétrer sur sa propriété à des fins légitimes » (*R. c. Evans*, [1996] 1 R.C.S. 8, par. 13, le juge

Sopinka J., citing *R. v. Tricker* (1995), 21 O.R. (3d) 575 (C.A.), at p. 579). The trial judge held that in shutting off the lights in her residence, the appellant had retracted the public and police's implicit invitation to knock and approach. Even if shutting off the lights did not retract this implied invitation, the trial judge found that the police had exceeded the permission accorded by the implied invitation to knock and approach for a lawful purpose. This permission was exceeded because the police had expressly contemplated the possibility of recovering evidence against the appellant when they went to her home, illustrated by the fact that the police deliberately withheld from the appellant the fact that Mr. Hogue had been wounded by a bullet. Given this intention, the police exceeded the implied permission to approach and knock. Therefore, the search was not legally justified on this basis.

(c) *Appellant's Consent to Enter Her Residence*

[13] The trial judge also found that the police's failure to provide the appellant with the information they possessed about the nature of her spouse's injuries vitiated her consent to enter her home. It also did not conform to the requirements set out in the jurisprudence for obtaining consent for a warrantless search. The warrantless searches could therefore not be justified on the basis of the appellant's consent.

(d) *Urgency*

[14] Finally, the trial judge found that the evidence did not establish urgency. There was no concern for the police or the public's safety, nor was there a concern that some of the evidence would be destroyed. Accordingly, the police officers' entry onto the appellant's property and the warrantless search of her home could not be justified on the basis of urgency.

(e) *First Search of House and Property*

[15] After Constables Tremblay and Mathieu entered the appellant's home, she accompanied

Sopinka, citant *R. c. Tricker* (1995), 21 O.R. (3d) 575 (C.A.), p. 579). Le juge du procès conclut qu'en éteignant les lumières de sa maison, l'appelante a retiré cette invitation faite au public, y compris aux policiers, à s'approcher de sa porte et à y frapper. À supposer même que la fermeture de l'éclairage n'ait pas retiré cette invitation, il estime qu'en se présentant chez l'appelante, les policiers ont outrepassé l'autorisation tacite de frapper à la porte à des fins légitimes, car ils envisageaient alors expressément la possibilité de recueillir des éléments de preuve contre elle, ce qu'atteste leur omission délibérée de lui dire que M. Hogue avait été blessé par balle. Vu leur intention, les policiers ont outrepassé l'autorisation tacite de s'approcher de la porte et d'y frapper. La fouille n'était donc pas légalement justifiée sur ce fondement.

c) *Le consentement de l'appelante à l'entrée dans son domicile*

[13] Le juge du procès conclut également que l'omission des policiers de communiquer à l'appelante les renseignements dont ils disposaient sur la nature des blessures infligées à son conjoint a vicié le consentement à l'entrée dans le domicile. Le consentement ne satisfaisait pas non plus aux exigences établies par la jurisprudence pour l'obtention du consentement à une fouille sans mandat. Le consentement de l'appelante ne pouvait donc pas justifier les fouilles effectuées sans mandat.

d) *L'urgence*

[14] Enfin, le juge du procès opine que la preuve ne permettait pas d'établir l'urgence. Il n'y avait pas d'inquiétude quant à la sûreté des policiers ou du public, ni de crainte de destruction de quelque élément de preuve. Par conséquent, l'entrée des policiers dans la propriété de l'appelante et la fouille sans mandat de sa maison ne pouvaient se justifier par l'urgence.

e) *La première fouille de la résidence et du terrain*

[15] Après avoir laissé les agents Tremblay et Mathieu entrer dans sa maison, l'appelante les a

them as they inspected the interior of the residence. Constable Tremblay then checked the exterior of the house and found that the door to the gazebo was broken and that there appeared to be blood inside the gazebo. Constable Mathieu, accompanied by the appellant, joined Constable Tremblay outside to make sure everything was in order. Constable Mathieu noticed holes in the gazebo's mosquito screen and in the solarium window. The trial judge found that both of these searches were illegal.

[16] At 12:27 a.m. Constable Tremblay went back to the police cruiser and relayed his observations to Constable Fortier. Constable Mathieu went back inside the house with the appellant. At 12:55 a.m. Constable Tremblay joined the appellant and Constable Mathieu inside the residence and questioned the appellant about the presence of firearms in the house. Ms. Côté gave some information about the night's events during this encounter. She confirmed the presence of two firearms but could only locate one. She led the officers to her bedroom closet where she showed them a firearm case that she said contained a firearm. Constable Tremblay did not handle the case but assumed that it contained a firearm.

(f) *Detention*

[17] The trial judge held that the appellant's detention commenced shortly after Constables Tremblay and Mathieu arrived at her residence. He found that she was detained at 12:27 a.m. when the officers observed holes in the solarium's window and in the gazebo's mosquito screen, failed to tell Ms. Côté about the projectile in Mr. Hogue's head and Constable Mathieu began making surveillance notes with respect to the appellant's behaviour and movements.

[18] The trial judge found that the police officers had quickly established that Ms. Côté was the only suspect in the attempted murder of Mr. Hogue, which is why they hid from her the fact that they knew about the gunshot wound. The trial judge held that keeping this information from her was

accompagnés pendant qu'ils inspectaient l'intérieur de la résidence. L'agent Tremblay a ensuite inspecté l'extérieur de la maison. Il a alors constaté que la porte du gazebo était endommagée et qu'il semblait y avoir du sang à l'intérieur. Accompagné par l'appelante, l'agent Mathieu a rejoint l'agent Tremblay à l'extérieur pour s'assurer que tout était normal. L'agent Mathieu a remarqué des trous dans la moustiquaire du gazebo et dans la fenêtre du solarium. Le juge du procès conclut que les deux fouilles étaient illégales.

[16] À 0 h 27, l'agent Tremblay est retourné à l'auto-patrouille et a fait part de ses constatations à l'agent Fortier. L'agent Mathieu est rentré dans la maison avec l'appelante. À 0 h 55, l'agent Tremblay les a rejoints et a interrogé l'appelante sur la présence d'armes à feu dans les lieux. M^{me} Côté a alors communiqué certains éléments d'information sur ce qui s'était passé en soirée. Elle a confirmé qu'il y avait deux armes à feu, mais elle a pu en trouver qu'une seule. Dans la penderie de sa chambre à coucher, elle leur a montré un étui censé contenir une arme. L'agent Tremblay n'y a pas touché, mais il a présumé qu'il renfermait une arme.

f) *La détention*

[17] Le juge du procès arrive à la conclusion que la détention de l'appelante a débuté peu après l'arrivée des agents Tremblay et Mathieu à sa résidence. Selon lui, il y a eu détention à partir de 0 h 27, lorsque les agents ont remarqué la perforation de la fenêtre du solarium et de la moustiquaire du gazebo et ont omis d'informer M^{me} Côté de la découverte d'un projectile dans la tête de M. Hogue, et que l'agent Mathieu a commencé à prendre des notes sur les faits et gestes de l'appelante.

[18] Le juge du procès estime que les policiers ont rapidement compris que M^{me} Côté était le seul suspect dans cette affaire de tentative de meurtre sur la personne de M. Hogue, ce qui expliquait leur silence sur la blessure par balle. À son avis, taire cette information constituait une décision

a strategic choice to prevent Ms. Côté from being on her guard. The trial judge found that the questions posed and verifications undertaken clearly demonstrated that the goal of the investigation was not to acquire information, but rather to clarify the appellant's participation in the crime. He had the impression that the police officers did not want to admit certain facts because they were afraid that their admissions would lead the court to conclude that Ms. Côté was detained within the meaning of s. 10 of the *Charter* and that she should have been appropriately cautioned. Specifically, he found Constable Mathieu's claim — that if Ms. Côté had wanted to leave, he would have had no choice but to let her go — to be unbelievable. Accordingly, the trial judge found that Ms. Côté's right under s. 10(a) of the *Charter* to be informed promptly of the reasons for her detention was violated until she was warned as an [TRANSLATION] "important witness" at 5:23 a.m. (para. 229). He also found that her rights under s. 10(b) to retain and instruct counsel upon detention and to be advised of that right were violated.

[19] At 2:20 a.m. Constable Tremblay spoke to Detective Christian Houle who told him that it would be preferable to bring Ms. Côté to the police station so that she could make a statement given that she was an important person with respect to the incident. At 2:34 a.m. Constables Tremblay and Mathieu took the appellant to the Nicolet police station, giving her the explanation provided by Detective Houle. She remained in the company of Constable Mathieu from her arrival at the police station at 2:54 a.m. until around 4:00 a.m. On a number of occasions, the appellant asked why she was there, why these steps were being taken and why she was not left at home. She was told that she was an important witness, she was more familiar with her spouse than the police were and it was important for the police to figure out what had happened to Mr. Hogue. At 4:10 a.m. the appellant was asked to write down her version of the evening's events. At 5:23 a.m. Detective Sylvain Bellemare gave the appellant her first warning as an important witness in the attempted murder of André Hogue.

stratégique afin de ne pas mettre M^{me} Côté sur ses gardes. En outre, les questions et les vérifications des policiers montrent clairement que l'enquête ne visait pas à recueillir de l'information, mais bien à clarifier le rôle de l'appelante dans la perpétration du crime. Au procès, les policiers ont paru refuser de reconnaître certains faits de crainte que leurs aveux n'amènent le tribunal à conclure que M^{me} Côté avait été détenue au sens de l'art. 10 de la *Charte* et qu'elle aurait donc dû faire l'objet de la mise en garde requise. Plus précisément, le juge n'ajoute pas foi à l'affirmation de l'agent Mathieu selon laquelle M^{me} Côté était libre de partir à son gré. Il statue donc que le droit de M^{me} Côté, prévu à l'al. 10a) de la *Charte*, d'être informée dans les plus brefs délais des motifs de sa détention a été violé jusqu'à ce qu'elle soit mise en garde en qualité de « témoin important », soit à 5 h 23 (par. 229). Il conclut également que ses droits garantis à l'al. 10b) d'avoir recours à l'assistance d'un avocat en cas de détention et d'être informée de ce droit ont été violés.

[19] À 2 h 20, l'agent Tremblay a parlé à l'enquêteur Christian Houle, qui lui a dit qu'il était préférable d'emmener M^{me} Côté au poste de police afin qu'elle puisse y faire une déclaration étant donné qu'elle était un témoin important. À 2 h 34, les agents Tremblay et Mathieu ont conduit l'appelante au poste de Nicolet, lui donnant l'explication fournie par l'enquêteur Houle. Elle est demeurée en compagnie de l'agent Mathieu depuis son arrivée au poste à 2 h 54 jusque vers 4 h. À plusieurs reprises, elle a demandé pourquoi elle se trouvait là, pourquoi toutes ces mesures étaient prises et pourquoi on ne l'avait pas laissée chez elle. Les policiers lui ont dit qu'elle était un témoin important, qu'elle connaissait son conjoint mieux qu'eux et qu'il était important qu'ils comprennent ce qui était arrivé à M. Hogue. À 4 h 10, ils lui ont demandé de donner sa version des faits par écrit. À 5 h 23, l'enquêteur Sylvain Bellemare a pour la première fois mis l'appelante en garde à titre de témoin important relativement à la tentative de meurtre sur la personne d'André Hogue.

[20] To briefly recap, the appellant's detention began at 12:27 a.m. but the police failed to caution her until 5:23 a.m. and at that point, they only cautioned her as an important witness rather than as a suspect. This violated her s. 10(a) and (b) rights. The trial judge was very troubled by the fact that throughout their interactions with the appellant, the police constantly minimized her actual legal situation to her and kept her ignorant of the information essential to the exercise of her constitutional rights. He found that they had deliberately failed to caution her correctly and he found this behaviour to be illustrative of a constant and systematic attitude evident throughout their interactions with Ms. Côté.

(g) *Establishment of Security Perimeter and Warrantless Search of Property*

[21] After the appellant was questioned, Constable Mathieu stayed inside the house with her while Constable Tremblay established a security perimeter around the property at 1:15 a.m. At 2:05 a.m. Constables Fortier and Kelly Bellerive arrived on the scene and walked around the property with Constable Tremblay. The trial judge found this to be a warrantless search that violated the appellant's s. 8 rights.

(h) *Enlargement of Security Perimeter*

[22] At 3:10 a.m. Detective Sergeant Luc Briand asked Constable Fortier to enlarge the security perimeter established earlier by Constable Tremblay. Between 3:30 and 3:45 a.m. Constable Fortier expanded the perimeter and took advantage of this opportunity to further search the property. During this search, Constable Fortier observed at least one hole in the gazebo's mosquito screen with the fibres pointing inwards towards the gazebo; a small hole in the interior window of the solarium; a large hole in the exterior window of the solarium; powder residue on the interior of the solarium window; two small holes in the solarium's mosquito screen; and shards of glass on the ground underneath the solarium window. The trial judge found that this constituted an unauthorized perimeter search.

[20] Pour résumer, la détention de l'appelante a débuté à 0 h 27. Les policiers ne lui ont fait une mise en garde qu'à 5 h 23, et ce, seulement à titre de témoin important et non de suspect, violant ainsi ses droits garantis aux al. 10a) et b). Le juge du procès se dit consterné par le fait que tout au long de leurs échanges avec l'appelante, les policiers ont constamment minimisé sa situation juridique et ont omis de lui communiquer les renseignements essentiels à l'exercice de ses droits constitutionnels. Selon lui, les policiers ont délibérément omis de la mettre en garde convenablement, ce qui s'inscrivait dans l'attitude constante et systématique adoptée par les policiers tout au long de leurs échanges avec elle.

g) *L'établissement d'un périmètre de sécurité et la fouille sans mandat de la propriété*

[21] À 1 h 15, après l'avoir interrogée, l'agent Mathieu est demeuré à l'intérieur avec l'appelante, tandis que l'agent Tremblay établissait un périmètre de sécurité autour de la résidence. À 2 h 5, les agents Fortier et Kelly Bellerive sont arrivés sur les lieux et ont fait le tour de la propriété avec l'agent Tremblay. Le juge du procès estime qu'il s'agissait d'une fouille sans mandat attentatoire aux droits de l'appelante garantis à l'art. 8.

h) *L'élargissement du périmètre de sécurité*

[22] À 3 h 10, le sergent-enquêteur Luc Briand a demandé à l'agent Fortier d'agrandir le périmètre de sécurité établi plus tôt par l'agent Tremblay. Entre 3 h 30 et 3 h 45, l'agent Fortier s'est acquitté de cette tâche et en a profité pour fouiller une autre fois le terrain. Il a alors remarqué au moins une perforation repliée vers l'intérieur dans la moustiquaire du gazebo, un petit trou dans la vitre intérieure de la fenêtre du solarium, un grand trou dans la vitre extérieure de la fenêtre du solarium, des résidus de tir sur la partie intérieure de la fenêtre du solarium, deux petits trous dans la moustiquaire de la fenêtre du solarium et des éclats de verre au sol sous la fenêtre du solarium. Le juge du procès conclut qu'il s'agit d'une fouille périphérique non autorisée.

(i) *Issuance of Telewarrants*

[23] At 5:15 a.m. Detective Sergeant Briand drafted requests for telewarrants (a telewarrant for the recording of the 9-1-1 call, a general telewarrant and a search and seizure telewarrant) indicating that he had reasonable and probable grounds to believe that a criminal act, specifically attempted murder with a firearm, had occurred on the night of July 22 at the appellant's home. He indicated that he had reasonable and probable grounds to believe that the shot had been fired from inside the residence.

[24] The trial judge noted that Detective Sergeant Briand had failed to fully and frankly disclose all material facts in the Information to Obtain a Search Warrant ("ITO"). For instance, para. 5 of the ITO was misleading because it suggested that some of the observations regarding the solarium and gazebo had been made inadvertently, thereby concealing the fact that Constable Fortier had already made a number of those observations during an earlier unconstitutional search with Constable Tremblay. The trial judge was also troubled by the fact that Detective Sergeant Briand failed to mention the illegal search conducted by Constables Tremblay and Mathieu earlier that evening and the fact that they had refrained from disclosing the bullet wound to Ms. Côté.

[25] The general telewarrant and the search and seizure telewarrant were executed on July 23, 2006 at 10:35 a.m. at the appellant's house by Detective Sergeant Briand and Constable Alain Gaucher. While searching the house they located a .10 calibre gun in a case in the bedroom closet and a .22 calibre rifle, not in a case in a basement closet. The trial judge noted that the gun found in the basement closet was the same calibre as the bullet recovered from the victim's skull.

[26] The trial judge held that the general telewarrant and the search and seizure telewarrant were invalid. He found that the police must have identified a problem in Constables Tremblay, Mathieu and Fortier's interventions and sought the warrants to remedy the unconstitutional conduct. He

i) *La délivrance de télémandats*

[23] À 5 h 15, le sergent-enquêteur Briand a rédigé des demandes de télémandats (un visant l'enregistrement de l'appel au 9-1-1, un général et un de perquisition et saisie) dans lesquelles il alléguait avoir des motifs raisonnables et probables de croire qu'un acte criminel, plus précisément une tentative de meurtre à l'aide d'une arme à feu, avait été commis chez l'appelante le 22 juillet en soirée. Il précisait avoir des motifs raisonnables et probables de croire que le coup de feu avait été tiré de l'intérieur de la résidence.

[24] Le juge du procès relève que le sergent-enquêteur Briand a omis d'exposer tous les faits pertinents de manière complète et sincère dans la dénonciation visant l'obtention des mandats. Par exemple, le par. 5 de la dénonciation est trompeur, car on y laisse entendre que certaines des constatations relatives au solarium et au gazebo ont été faites par inadvertance, passant ainsi sous silence que l'agent Fortier en avait déjà fait un certain nombre lors d'une fouille inconstitutionnelle effectuée un peu plus tôt avec l'agent Tremblay. Le juge du procès est aussi perturbé par l'omission du sergent-enquêteur Briand de mentionner la fouille illégale effectuée par les agents Tremblay et Mathieu plus tôt dans la soirée et leur décision de taire à M^{me} Côté la blessure par balle infligée à la victime.

[25] Le télémandat général et celui de perquisition et saisie ont été exécutés à la résidence de l'appelante le 23 juillet 2006, à 10 h 35, par le sergent-enquêteur Briand et l'agent Alain Gaucher. En fouillant la maison, ils ont trouvé un fusil de calibre .10 sous étui dans la penderie de la chambre à coucher et une carabine de calibre .22 sans étui dans un placard du sous-sol. Le juge du procès signale que l'arme trouvée au sous-sol est du même calibre que celui du projectile retiré du crâne de la victime.

[26] Le juge du procès conclut à l'invalidité du télémandat général et du télémandat de perquisition et saisie. Selon lui, la police avait dû constater une faille dans les interventions des agents Tremblay, Mathieu et Fortier et demander alors les mandats pour remédier à l'inconstitutionnalité de leurs

concluded that the warrants were invalid because if the unconstitutionally obtained information was excised from the ITO, the remaining information (paras. 1-3 and 8) did not constitute “some evidence that might reasonably be believed on the basis of which the authorization could have issued” (para. 266, citing *R. v. Araujo*, 2000 SCC 65, [2000] 2 S.C.R. 992, at para. 51). He also held that the warrants were invalid on the basis of non-disclosure of relevant information as well as the inclusion of deliberately misleading information, such as the wording in para. 5 of the ITO that suggested that Constable Fortier had inadvertently made certain observations while extending the security perimeter when in fact he had made most of those observations earlier while unconstitutionally searching the property with Constable Tremblay. Relying on *R. v. Grant*, [1993] 3 S.C.R. 223, at pp. 254-55 (“*Grant 1993*”), the trial judge concluded that the entire search process was tainted by the warrantless perimeter searches which violated s. 8.

(j) *First Police Warning*

[27] As mentioned above, the appellant was cautioned and advised of her right to counsel at 5:23 a.m. by Detective Bellemare. This was the first time she was so advised even though she had been detained since 12:27 a.m. At that, she was only cautioned as an “important witness” in the attempted murder of André Hogue. Detective Bellemare used a standard police warning form but struck out the words [TRANSLATION] “arrested or detained” and replaced them with “witness” (evidence of Detective Bellemare, A.R., vol. V, at p. 192). It is notable that the police cautioned the appellant as an important witness at 5:23 a.m. when they had sworn an ITO at 5:15 a.m. stating that they had reasonable and probable grounds to believe that attempted murder had been committed. Given the information that the police possessed at 5:23 a.m., the trial judge found it inexplicable that they only warned Ms. Côté as an important witness. After being warned, she spoke with a lawyer and invoked her right to silence. She then described the day’s events to Detective Bellemare and at 5:56 a.m. was placed under arrest for attempted murder. She was

actes. Il ajoute que les mandats sont invalides parce que si les renseignements obtenus de façon inconstitutionnelle étaient retranchés de la dénonciation, les données restantes (par. 1-3 et 8) ne constitueraient pas « quelque élément de preuve auquel le juge aurait pu raisonnablement ajouter foi pour faire droit à la demande » (par. 266, citant l’arrêt *R. c. Araujo*, 2000 CSC 65, [2000] 2 R.C.S. 992, par. 51). Aussi, il y a invalidité en raison de l’absence de renseignements pertinents et de la présence de renseignements délibérément trompeurs, notamment au par. 5, qui laisse entendre que l’agent Fortier a fait certaines constatations par inadvertance lors de l’agrandissement du périmètre de sécurité, alors qu’il a fait la plupart d’entre elles plus tôt pendant la fouille inconstitutionnelle de la résidence avec l’agent Tremblay. Se fondant sur l’arrêt *R. c. Grant*, [1993] 3 R.C.S. 223, p. 254-255 (« *Grant 1993* »), le juge du procès conclut que l’ensemble du processus de perquisition est vicié par le fait que les fouilles périphériques sans mandat ont porté atteinte au droit garanti à l’art. 8.

j) *La première mise en garde*

[27] Rappelons que l’appelante a été mise en garde et informée de son droit à l’avocat à 5 h 23 par l’enquêteur Bellemare. C’était la première fois qu’elle l’était même si elle était détenue depuis 0 h 27. Aussi, elle a été mise en garde uniquement à titre de « témoin important » relativement à la tentative de meurtre sur la personne d’André Hogue. L’enquêteur Bellemare a fait la mise en garde habituelle, mais il en a biffé les mots « arrêté ou détenu » pour les remplacer par « témoin » (témoignage de l’enquêteur Bellemare, d.a., vol. V, p. 192). Il convient de remarquer que les policiers ont mis l’appelante en garde à titre de témoin important à 5 h 23 alors qu’ils avaient fait à 5 h 15 une dénonciation sous serment dans laquelle ils affirmaient avoir des motifs raisonnables et probables de croire à une tentative de meurtre. Vu les renseignements que détenaient les policiers à 5 h 23, le juge du procès trouve inexplicable qu’ils aient seulement mis M^{me} Côté en garde à titre de témoin important. Après sa mise en garde, l’appelante a parlé à un avocat puis elle a invoqué son droit de garder le silence. Elle a ensuite

cautioned again, advised of her right to counsel and spoke with a lawyer for a second time.

(k) *Interrogation*

[28] After the appellant was placed under arrest for attempted murder at 5:56 a.m., she was transferred to a different police station. After sleeping an hour and eating, she was interrogated first by Detective Bellemare and later by Detective Pierre Samson. At the outset of her interrogation, the appellant exhibited extreme anxiety about having the interrogation room door closed and appeared claustrophobic. She also seemed to be exhausted and on several occasions told the interrogator that she had had enough, she did not want to talk anymore or she wanted to go lie down. She reaffirmed her right to silence over 20 times after consulting various lawyers. At 8:00 p.m. she was advised of Mr. Hogue's death and placed under arrest for murder. This ended her interrogation.

[29] The trial judge concluded that the appellant's right to silence had been systematically violated. He noted that she had been wakened in the middle of the night in the absence of any sort of urgency, the police had deliberately put off warning her appropriately and she was exhausted, claustrophobic and had exercised her right to silence on numerous occasions.

[30] He also faulted the police for having denigrated the work of defence counsel, telling the appellant that she had more life experience than her lawyer and that she was the only person who could help herself. The investigator also counselled her on exercising her right to silence. He told her that if she had planned the murder, like a member of an organized gang would have, he would advise her to remain silent because she would be in serious trouble in that kind of situation. However, given that her situation was very different, the investigator suggested that she need not remain silent. The investigator also suggested that if she had

décrit les événements de la journée à l'enquêteur Bellemare avant d'être mise en état d'arrestation pour tentative de meurtre à 5 h 56. Elle a alors fait l'objet d'une autre mise en garde, elle a été informée de son droit à l'assistance d'un avocat et elle s'est entretenue avec un avocat pour la deuxième fois.

k) *L'interrogatoire*

[28] Une fois en état d'arrestation pour tentative de meurtre à 5 h 56, l'appelante a été transférée à un autre poste de police. Après avoir dormi une heure puis mangé, elle a été interrogée, d'abord par l'enquêteur Bellemare, puis par l'enquêteur Pierre Samson. Au début, l'appelante s'est montrée en proie à une grande anxiété parce que la porte de la salle d'interrogatoire était fermée; elle semblait souffrir de claustrophobie. Apparemment épuisée, elle a dit plusieurs fois à l'enquêteur qu'elle en avait assez, qu'elle ne voulait plus parler ou qu'elle voulait aller se coucher. Elle a invoqué son droit de garder le silence plus de 20 fois après avoir consulté différents avocats. À 8 h, on lui a annoncé le décès de M. Hogue et on l'a arrêtée pour meurtre, ce qui a mis fin à l'interrogatoire.

[29] Le juge du procès conclut à la violation systématique du droit de l'appelante de garder le silence. M^{me} Côté a été réveillée au milieu de la nuit alors qu'il n'y avait pas urgence, les policiers ont délibérément tardé à lui faire la bonne mise en garde, elle était épuisée, elle souffrait de claustrophobie et elle a invoqué son droit de garder le silence à maintes reprises.

[30] Il reproche aussi aux policiers d'avoir dénigré le travail de l'avocat de la défense en affirmant à l'appelante qu'elle avait plus d'expérience de vie que son avocat et que la seule personne qui pouvait l'aider, c'était elle-même. L'enquêteur lui a aussi prodigué des conseils concernant l'exercice de son droit de garder le silence. Il lui a dit que si elle avait planifié le meurtre, comme l'aurait fait le membre d'un groupe criminel organisé, il était préférable de garder le silence parce qu'elle serait alors dans un sérieux pétrin. Mais comme sa situation était très différente, il a laissé entendre qu'elle n'avait pas à garder le silence. L'enquêteur a ajouté

committed an armed robbery he would advise her to remain silent, but again, her circumstances were quite different. In light of this specific behaviour, the whole of the police investigation and the general context of a systematic violation of Ms. Côté's constitutional rights, the trial judge was not convinced beyond a reasonable doubt that the videotaped statement was made freely and voluntarily.

(1) *Police Testimony at Trial*

[31] The trial judge made strong, unfavourable findings about the credibility of the police officers' testimony at trial. He did not believe Constables Tremblay, Mathieu and Fortier, characterizing their evidence as lacking in frankness and sincerity. He found that these officers tried to present their intervention at the appellant's house as routine, a simple follow-up to the 9-1-1 call and a verification of the premises, which downplayed their knowledge that Mr. Hogue had likely suffered a bullet wound to the back of the head and that they were conducting a criminal investigation. He also noted that police witnesses refused to admit obvious facts and offered improbable hypotheses to the court. The trial judge had the impression that the officers did this because they did not want him to conclude that Ms. Côté was detained and should have been properly cautioned. As mentioned above, the trial judge found Constable Mathieu's assertion that Ms. Côté was not detained and could have left the police station at any point to be implausible. He found the officers' evidence that the appellant had not been told about the possible gunshot wound because it had not yet been confirmed to be equally unbelievable. Generally, he found that the officers' attitude during their testimony, primarily Constable Tremblay but also Constables Mathieu and Fortier, established that they did not want to admit that one investigative avenue implicated Ms. Côté in the attempted murder of Mr. Hogue.

[32] The trial judge also found that police witnesses tried to downplay the importance of certain

que si elle avait commis un vol à main armée, il lui aurait conseillé de garder le silence, mais là encore, sa situation était tout autre. Compte tenu de ces actes précis, de l'ensemble de l'enquête policière et du contexte général de la violation systématique des droits constitutionnels de M^{me} Côté, le juge du procès se dit non convaincu hors de tout doute raisonnable du caractère libre et volontaire de la déclaration enregistrée sur bande vidéo.

1) *Le témoignage des policiers au procès*

[31] Le juge du procès tire de sévères conclusions au sujet de la crédibilité du témoignage des policiers au procès. Il n'ajoute pas foi aux témoignages des agents Tremblay, Mathieu et Fortier, estimant que ces derniers n'ont fait preuve ni de franchise ni de sincérité. Selon lui, les agents ont présenté leur intervention au domicile de l'appelante comme une simple mesure de routine visant uniquement à valider l'appel au 9-1-1 et à vérifier la sûreté des lieux, alors qu'ils savaient fort bien que M. Hogue avait vraisemblablement été atteint d'une balle à l'arrière de la tête et qu'ils menaient une enquête criminelle. Il fait aussi remarquer que lors de leurs témoignages, les policiers ont refusé de reconnaître des faits évidents et ont avancé des hypothèses invraisemblables. Il dit avoir l'impression que les agents ont agi de la sorte pour éviter qu'il n'arrive à la conclusion que M^{me} Côté avait été détenue et qu'elle aurait dû recevoir une mise en garde appropriée. Comme il est mentionné précédemment, le juge du procès conclut que l'affirmation de l'agent Mathieu selon laquelle M^{me} Côté n'était pas détenue et aurait pu quitter le poste de police à tout moment est indigne de foi. À son avis, les témoignages des agents selon lesquels l'appelante n'a pas été informée de la blessure par balle parce que l'information n'avait pas encore été confirmée sont tout aussi invraisemblables. De façon générale, il estime que l'attitude des agents pendant leurs témoignages, surtout celle de l'agent Tremblay, mais aussi des agents Mathieu et Fortier, établit leur refus d'admettre qu'une piste de l'enquête reliait M^{me} Côté à la tentative de meurtre sur la personne de M. Hogue.

[32] Le juge du procès conclut en outre que les policiers appelés à témoigner ont tenté de diminuer

evidence. Specifically, they tried to minimize the importance of the information transmitted to them from Dr. Elazhary, illustrated by the fact that Constable Mathieu maintained that the appellant was not detained and was free to leave at any time. The police officers also downplayed the issue of whether the holes in the window of the solarium were bullet holes and claimed that it was important to investigate whether a shot could have come from the river behind the gazebo when this hypothesis was inconsistent with the evidence they had already found. He concluded that the frankness and sincerity that is expected of police officers charged with applying the law was unfortunately lacking in this case.

(m) *Serious and Systematic Violation of Charter Rights*

[33] The trial judge was troubled by the police conduct throughout the investigation; he found that it demonstrated a blatant disregard for the appellant's *Charter* rights. He found that the breaches of the appellant's rights with respect to search and seizure were extremely serious, [TRANSLATION] "flagrant and systematic" (para. 337). They were not, in his view, the product of isolated errors in judgment on the part of the police, but rather were part of a larger pattern of disregard of the rights guaranteed by the *Charter*. He found that the police had not acted in good faith.

(n) *Exclusion of the Evidence*

[34] Balancing the interests of the state in discovering the truth and the integrity of the administration of justice, the trial judge found that no other result than exclusion of the evidence would prevent further discrediting of the administration of justice. He therefore concluded that the admission of the evidence would bring the administration of justice into disrepute and excluded the oral and written statements given by the appellant, the evidence obtained as a result of the warranted searches at the appellant's home and the observations made by police officers

l'importance de certains éléments de preuve. Plus précisément, ils ont cherché à minimiser l'importance de l'information transmise par le D^r Elazhary, par exemple lorsque l'agent Mathieu a soutenu que l'appelante n'était pas détenue et qu'elle était libre de partir à tout moment. Les policiers ont aussi minimisé l'importance que revêtait la question de savoir si les trous dans la fenêtre du solarium résultaient du tir d'un projectile et ils ont insisté sur l'importance de vérifier si un tir avait pu provenir de la rivière derrière le gazebo alors que cette hypothèse était incompatible avec les éléments de preuve déjà recueillis. Il conclut que la franchise et la sincérité qu'on est en droit de s'attendre de la part de policiers chargés de l'application de la loi n'étaient malheureusement pas au rendez-vous.

m) *La violation grave et systématique des droits garantis par la Charte*

[33] Le juge du procès est déconcerté par le comportement des policiers tout au long de l'enquête, un comportement qui, à son avis, reflète un mépris flagrant des droits constitutionnels de l'appelante. Il estime que les atteintes au droit de cette dernière à la protection contre les fouilles, saisies et perquisitions abusives sont extrêmement sérieuses, « flagrant[es] et systématique[s] » (par. 337). À son avis, elles ne sont pas le fruit d'erreurs de jugement isolées de la part des policiers, mais bien le résultat d'un mépris systématique des droits garantis par la *Charte*. Il conclut que les policiers n'ont pas agi de bonne foi.

n) *L'exclusion de la preuve*

[34] Mettant en balance l'intérêt qu'a l'État, d'une part, à découvrir la vérité et, d'autre part, à préserver l'intégrité de l'administration de la justice, le juge du procès arrive à la conclusion qu'il n'y a d'autre choix que d'écarter la preuve pour éviter de déconsidérer davantage l'administration de la justice. À son avis, l'utilisation de la preuve est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice, et il écarte les déclarations orales et écrites de l'appelante, la preuve recueillie lors des fouilles effectuées chez l'appelante en vertu d'un mandat et les constatations des policiers sur

with respect to the exterior of the house before the warrants were issued. In making his decision, he emphasized that the crime in question was serious, that there was a strong societal interest in adjudicating the charge on its merits and recognized that his decision was particularly difficult because it led to the appellant's acquittal.

B. *Court of Appeal, 2010 QCCA 303 (CanLII)*

[35] The Court of Appeal found that the trial judge was right to exclude the appellant's statements to police as the police seriously undermined the advice given by Ms. Côté's lawyers in obtaining those statements and this behaviour could not be sanctioned by a court. The Crown conceded, by and large, that the police had committed a number of violations, and that they were serious. It also conceded that the videotaped statements ought to be excluded. However, the court concluded that the trial judge had erred by excluding the observations police made of the exterior of the appellant's home before the warrants were issued as well as the physical evidence obtained at the appellant's home in execution of the two telewarrants.

[36] The Court of Appeal explained that the only issue before it was the admissibility of reliable derivative evidence. In *R. v. Grant*, 2009 SCC 32, [2009] 2 S.C.R. 353, this Court referred to derivative evidence as "physical evidence discovered as a result of an unlawfully obtained statement" (para. 116). The Court of Appeal seemed to characterize *all* of the physical evidence obtained at the scene as derivative evidence in this sense. The Court of Appeal noted that the trial judge had not had the benefit of this Court's decisions in *Grant* and *R. v. Harrison*, 2009 SCC 34, [2009] 2 S.C.R. 494, and that these decisions had changed the law in this area. In *Grant*, the Court stated that in determining whether to exclude evidence under s. 24(2) of the *Charter*, a court must assess and weigh the following three factors: (1) the seriousness of the *Charter*-infringing state conduct; (2) the impact of the breach on the *Charter*-protected interests of the

les abords de la maison avant la délivrance des mandats. Soulignant la gravité du crime en cause et le grand intérêt qu'a la société à ce que l'affaire soit tranchée au fond, le juge reconnaît qu'il lui est particulièrement difficile de rendre sa décision, car elle entraîne l'acquiescement de l'appelante.

B. *La Cour d'appel, 2010 QCCA 303, 74 C.R. (6th) 130*

[35] La Cour d'appel statue que le juge du procès a eu raison d'écarter les déclarations de l'appelante, car en les obtenant, les policiers ont gravement compromis l'efficacité des conseils juridiques donnés à M^{me} Côté par ses avocats, un comportement que ne pouvait sanctionner une cour de justice. Le ministère public reconnaît généralement que les policiers ont commis des violations et que ces violations sont graves. Il concède également qu'il y a lieu d'écarter les déclarations enregistrées sur bande vidéo. Cependant, la Cour d'appel estime que le juge du procès a eu tort d'écarter les constatations faites par les policiers lors de l'examen de l'extérieur de la maison de l'appelante avant l'obtention des mandats et la preuve matérielle qu'ils ont recueillie dans sa résidence lors de l'exécution des deux télémandats.

[36] La Cour d'appel explique que la seule question à trancher est celle de l'admissibilité d'éléments de preuve dérivée fiables. Dans l'arrêt *R. c. Grant*, 2009 CSC 32, [2009] 2 R.C.S. 353, notre Cour considère la preuve dérivée comme « une preuve matérielle découverte à la suite d'une déclaration obtenue illégalement » (par. 116). La Cour d'appel paraît assimiler *tous* les éléments de preuve matérielle recueillis sur les lieux à une preuve dérivée ainsi définie. Elle fait observer que, lorsque le juge du procès s'est prononcé, les arrêts *Grant* et *R. c. Harrison*, 2009 CSC 34, [2009] 2 R.C.S. 494, n'avaient pas encore été rendus et que ceux-ci ont modifié le droit dans ce domaine. Dans *Grant*, la Cour dit que, pour décider s'il y a lieu d'écarter la preuve suivant le par. 24(2) de la *Charte*, le tribunal doit examiner et mettre en balance les trois considérations suivantes : (1) la gravité de la conduite attentatoire de l'État, (2) l'incidence de la violation

accused; and (3) society's interest in the adjudication of the case on the merits (para. 71). The Court of Appeal explained that while derivative evidence was often excluded where an accused's constitutional rights were seriously violated, *Grant* now required the judge "to consider whether admission of derivative evidence obtained through a *Charter* breach would bring the administration of justice into disrepute" (para. 33, citing *Grant*, at para. 118). The Court of Appeal examined the three factors relevant to the s. 24(2) determination, as set out in *Grant*.

[37] With respect to the first factor (the seriousness of the *Charter*-infringing state conduct), the Court of Appeal acknowledged the trial judge's finding that the *Charter* violations were serious and that the police had systematically violated Ms. Côté's *Charter* rights. However, it concluded that the police officers had not deliberately acted in an abusive manner.

[38] Regarding the second factor (the effect of the violation on the accused's rights), it found that the accused had been seriously affected by a series of police errors. However, the Court of Appeal highlighted the fact that the evidence could have been discovered lawfully without the appellant's participation because the police could have obtained a search warrant. It held that a warrant would have been issued on the basis of the 9-1-1 call and the finding of a bullet in the deceased's head which had entered from the rear, thus eliminating any possibility of suicide. Relying on *Grant*, at para. 122, the Court of Appeal noted that discoverability "retains a useful role . . . in assessing the actual impact of the breach on the protected interests of the accused" because the possibility of independent discovery of derivative evidence would mitigate the impact of a *Charter* violation on an accused person (para. 43). The discoverability of the evidence was therefore relevant to the analysis of the second factor. The Court of Appeal held that the admission of the physical evidence would not affect the fairness of the trial or bring the administration of justice into disrepute because the evidence and observations could have otherwise been discovered

sur les droits de l'accusé garantis par la *Charte* et (3) l'intérêt de la société à ce que l'affaire soit jugée au fond (par. 71). La Cour d'appel explique que même si les éléments de preuve dérivée sont souvent écartés en cas de violation grave des droits constitutionnels de l'accusé, suivant l'arrêt *Grani*, le juge « doit désormais se demander si l'utilisation des éléments de preuve dérivée obtenus par suite d'une violation de la *Charte* serait susceptible de déconsidérer l'administration de la justice » (par. 33, citant *Grant*, par. 118). La Cour d'appel examine les trois considérations qui, selon l'arrêt *Grant*, président à l'application du par. 24(2).

[37] En ce qui concerne la première (la gravité de la conduite attentatoire de l'État), la Cour d'appel convient avec le juge du procès que les violations de la *Charte* sont graves et que les policiers ont systématiquement porté atteinte aux droits constitutionnels de M^{me} Côté. Elle estime toutefois que les policiers n'ont pas délibérément agi de manière abusive.

[38] En ce qui concerne la deuxième (l'incidence de la violation sur les droits de l'accusé), elle conclut que la série d'erreurs commises par les policiers a eu de graves conséquences pour l'accusée. Elle insiste cependant sur le fait que la preuve aurait pu être découverte de manière légale sans la participation de l'appelante, car les policiers auraient pu obtenir un mandat de perquisition. Elle opine qu'un mandat aurait été délivré sur le fondement de l'appel au 9-1-1 et de la découverte que le défunt avait reçu un projectile à l'arrière de la tête, écartant ainsi la thèse du suicide. S'appuyant sur *Grant*, au par. 122, la Cour d'appel estime que la possibilité de découvrir la preuve matérielle « reste [. . .] utile pour évaluer l'impact réel de la violation sur les intérêts protégés de l'accusé », car la possibilité de découvrir des éléments de preuve dérivée de manière indépendante aurait pour effet d'atténuer l'incidence sur l'accusée de la violation de ses droits constitutionnels (par. 43). La possibilité de découvrir la preuve importait donc pour l'examen de la deuxième considération. La Cour d'appel statue que l'utilisation de la preuve matérielle ne compromettrait pas l'équité du procès ni ne déconsidérerait l'administration de la justice, car les

had the police obtained a warrant when they had grounds to do so.

[39] With respect to the third factor (society's interest in the resolution of the charge on its merits), the court explained that the physical evidence which the trial judge had excluded (e.g. the hole in the gazebo's mosquito screen, the holes in the solarium window, the traces of blood and the firearm registered in the victim's name) was essential to the Crown's case as it included all of the evidence from the scene. The Court of Appeal also underlined that the evidence was reliable. The court found that society's interest in having an adjudication on the merits was extremely important given the seriousness of the alleged crime.

[40] The Court of Appeal took the view that the *exclusion* of the physical evidence, rather than its inclusion, would bring the administration of justice into disrepute. In the Court of Appeal's opinion, all of the physical evidence from the scene would have been discovered without the appellant's assistance, the crime was very serious and the police officers had not deliberately acted in an abusive manner. The court explained that while the police officers' respect for the appellant's constitutional rights had been somewhat fragmented and that the trial judge had not found them to be credible witnesses, they did not intend to act prejudicially (*pas eu d'attitude attentatoire*) (para. 47). Accordingly, the court held that the physical evidence and observations made at the appellant's home should not have been excluded and it allowed the appeal and ordered a new trial.

C. Issues

[41] The appellant challenges the Court of Appeal's decision to admit the physical evidence and the evidence concerning the police observations at her home. The Crown concedes, as it must, that the police committed serious breaches of the appellant's constitutional and legal rights. The Crown also does not contest the trial judge's decision to exclude the appellant's statements

éléments matériels constatés ou recueillis auraient pu être découverts par ailleurs si les policiers avaient obtenu un mandat dès qu'ils avaient eu des motifs d'en demander un.

[39] En ce qui concerne la troisième considération (l'intérêt de la société à ce que l'affaire soit jugée au fond), la Cour d'appel explique que la preuve matérielle écartée par le juge (p. ex. le trou dans la moustiquaire du gazebo, les perforations de fenêtre du solarium, les traces de sang et l'arme à feu enregistrée au nom de la victime) était essentielle à la poursuite, car il s'agissait de l'entièreté des éléments recueillis sur le lieu du crime. Elle ajoute que la preuve était fiable et elle conclut que l'intérêt de la société à ce que l'affaire soit jugée au fond était extrêmement important vu la gravité du crime reproché.

[40] La Cour d'appel est d'avis que c'est l'*exclusion* de la preuve matérielle, et non son utilisation, qui est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. Dans son optique, toute la preuve matérielle recueillie sur le lieu du crime aurait été découverte sans l'aide de l'appelante, le crime est très grave et les policiers n'ont pas délibérément agi de manière abusive. Elle explique que même si les policiers avaient une conception plutôt parcellaire du respect des droits constitutionnels de l'appelante et que le juge du procès ne les a pas considérés comme des témoins dignes de foi, il n'y a pas eu d'« attitude attentatoire » de leur part (par. 47). En conséquence, la preuve matérielle recueillie et les constatations faites au domicile de l'appelante n'auraient pas dû être écartées. L'appel est accueilli et la tenue d'un nouveau procès est ordonnée.

C. Questions en litige

[41] L'appelante conteste la décision de la Cour d'appel qui autorise l'utilisation de la preuve matérielle et des constatations faites chez elle par les policiers. Le ministère public reconnaît comme il se doit que les policiers ont gravement porté atteinte aux droits de l'appelante, y compris ses droits constitutionnels. Il ne conteste pas la décision du juge du procès d'écartier les déclarations

made to police. However, the Crown supports the Court of Appeal's decision to admit the police observations and the physical evidence obtained at the appellant's home.

[42] The Court of Appeal intervened principally on the basis that the evidence observed or collected at the scene could have been discovered lawfully without the appellant's participation. The Court of Appeal also justified its intervention by suggesting that the police had not deliberately acted in an abusive manner and by emphasizing the seriousness of the offence. It relied on these considerations in re-balancing the relevant lines of inquiry under s. 24(2) and in concluding that the repute of the administration of justice required the admission of some of the evidence. The appeal thus raises two main issues:

1. Did the Court of Appeal err in intervening on the bases that the police had not deliberately acted in an abusive manner and that the offence was serious?
2. Did the Court of Appeal err in intervening on the basis that the evidence was "discoverable"?

III. Analysis

[43] Before discussing the main issues in this case, I will briefly set out the standard of review and the factors relevant to a s. 24(2) determination, as described in *Grant* and its companion cases.

A. *Standard of Review*

[44] The standard of review of a trial judge's s. 24(2) determination of what would bring the administration of justice into disrepute having regard to all of the circumstances is not controversial. It was set out by this Court in *Grant* and recently affirmed in *R. v. Beaulieu*, 2010 SCC 7, [2010] 1 S.C.R. 248. Where a trial judge has considered the proper factors and has not made any unreasonable finding, his or her determination is owed considerable deference on appellate review (*Grant*, at para. 86, and *Beaulieu*, at para. 5).

de l'appelante aux policiers. Cependant, il appuie la décision de la Cour d'appel d'autoriser l'utilisation des constatations faites au domicile de l'appelante et de la preuve matérielle qui y a été recueillie.

[42] La Cour d'appel intervient principalement au motif que les éléments constatés ou recueillis sur le lieu du crime auraient pu être découverts légalement sans la participation de l'appelante. Elle invoque aussi le fait que les policiers n'ont pas délibérément agi de manière abusive, de même que la gravité du crime. Elle procède donc sur ce fondement à une nouvelle mise en balance des éléments pertinents pour l'application du par. 24(2) et elle conclut que préserver la considération dont jouit l'administration de la justice nécessite l'utilisation d'une partie de la preuve. Le pourvoi soulève donc deux questions principales :

1. La Cour d'appel a-t-elle eu tort d'intervenir au motif que les policiers n'avaient pas délibérément agi de manière abusive et que le crime était grave?
2. La Cour d'appel a-t-elle eu tort d'intervenir sur le fondement de la « possibilité de découvrir » la preuve?

III. Analyse

[43] Avant l'examen de ces questions, j'expose brièvement la norme de contrôle et les considérations qui valent pour l'application du par. 24(2) suivant l'arrêt *Grant* et les arrêts connexes de notre Cour.

A. *La norme de contrôle*

[44] La norme de contrôle applicable à la détermination, par le juge du procès, de ce qui, suivant le par. 24(2), est susceptible de déconsidérer l'administration de justice eu égard aux circonstances, n'est pas controversée. La Cour l'énonce dans *Grant*, puis la confirme dans *R. c. Beaulieu*, 2010 CSC 7, [2010] 1 R.C.S. 248. Lorsque le juge du procès a pris en compte les considérations applicables et n'a tiré aucune conclusion déraisonnable, sa décision justifie une grande déférence en appel (*Grant*, par. 86, et *Beaulieu*, par. 5).

B. *The Grant Analysis*

[45] This Court established a revised approach to the exclusion of evidence under s. 24(2) in *Grant*. It explained that s. 24(2) was generally concerned with “whether the overall repute of the justice system, viewed in the long term, will be adversely affected by admission of the evidence” (para. 68). As noted earlier, this Court held that three avenues of inquiry were relevant to an assessment of whether the admission of evidence obtained in breach of the *Charter* would bring the administration of justice into disrepute. A court’s role when addressing an application to exclude evidence under s. 24(2) is to balance the assessments under each of these lines of inquiry and determine, based on all of the circumstances, whether the admission of the evidence would bring the administration of justice into disrepute.

[46] In setting out this new framework, this Court made it clear that while these lines of inquiry did not precisely track the categories of considerations set out in the earlier jurisprudence, they did capture the factors relevant to the s. 24(2) determination that had been set out in the earlier cases. In *Beaulieu*, Charron J., writing for the Court, emphasized this point, noting that *Grant* did not change the relevant factors in the s. 24(2) analysis.

[47] The first line of inquiry involves an evaluation of the seriousness of the state conduct. The more serious the state conduct constituting the *Charter* breach, the greater the need for courts to distance themselves from that conduct by excluding evidence linked to the conduct. The second line of inquiry deals with the seriousness of the impact of the *Charter* violation on the *Charter*-protected interests of the accused. The impact may range from that resulting from a minor technical breach to that following a profoundly intrusive violation. The more serious the impact on the accused’s constitutional rights, the more the admission of the evidence is likely to bring the administration of justice into disrepute. The third line of inquiry is concerned with society’s interest in an adjudication on the merits. It asks whether the truth-seeking function of

B. *La grille d’analyse de l’arrêt Grant*

[45] Dans l’arrêt *Grant*, la Cour redéfinit la démarche qui s’impose pour décider d’écartier ou non la preuve en application du par. 24(2). Elle explique que le par. 24(2) s’intéresse généralement à « l’appréciation de l’effet à long terme de l’utilisation d’éléments de preuve sur la considération globale dont jouit le système de justice » (par. 68). Comme je le signale précédemment, la Cour retient trois questions pour déterminer si l’utilisation d’un élément de preuve obtenu en violation de la *Charte* est susceptible de déconsidérer l’administration de la justice. Il incombe au tribunal saisi d’une demande d’exclusion de la preuve fondée sur le par. 24(2) de mettre en balance chacun des facteurs énoncés pour déterminer si, eu égard aux circonstances, l’utilisation de la preuve est susceptible de déconsidérer l’administration de la justice.

[46] En formulant ce nouveau cadre d’analyse, la Cour dit clairement que même si ces questions ne recourent pas exactement celles énoncées dans la jurisprudence antérieure, elles englobent les facteurs pertinents pour trancher une demande fondée sur le par. 24(2) qui avaient été formulés auparavant. Dans *Beaulieu*, s’exprimant au nom de la Cour, la juge Charron souligne ce point et fait observer que *Grant* n’a pas modifié les facteurs pertinents pour l’analyse fondée sur le par. 24(2).

[47] La première question est celle de la gravité de la conduite de l’État. Plus celle-ci est attentatoire, plus le tribunal doit s’en dissocier en écartant la preuve qui y est liée. La deuxième question touche l’importance de l’incidence de la violation sur les droits constitutionnels de l’accusé. L’incidence peut être minimale et formelle comme elle peut être profondément attentatoire. Plus cette incidence est marquée, plus l’utilisation de la preuve est susceptible de déconsidérer l’administration de la justice. La troisième question a trait à l’intérêt de la société à ce que l’affaire soit jugée au fond. Il s’agit de savoir si la fonction de la procédure criminelle qui consiste à rechercher la vérité est mieux servie par l’utilisation d’éléments de preuve ou par leur exclusion. La fiabilité de la preuve et son importance pour la poursuite sont les considérations clés.

the criminal process would be better served by the admission or exclusion of the evidence. The reliability of the evidence and its importance to the prosecution's case are key factors. Admitting unreliable evidence will not serve the accused's fair trial interests nor the public's desire to uncover the truth. On the other hand, excluding reliable evidence may undermine the truth-seeking function of the justice system and render the trial unfair from the public's perspective. The importance of the evidence to the Crown's case is corollary to the inquiry into reliability. Admitting evidence of questionable reliability is more likely to bring the administration of justice into disrepute where it forms the whole of the prosecution's case, but excluding highly reliable evidence may more negatively affect the truth-seeking function of the criminal law process where the effect is to "gut" the prosecution's case.

[48] After considering these factors, a court must then balance the assessments under each of these avenues of inquiry in making its s. 24(2) determination. There is no "overarching rule" that governs how a court must strike this balance (*Grant*, at para. 86). Rather, "[t]he evidence on each line of inquiry must be weighed in the balance, to determine whether, having regard to all the circumstances, admission of the evidence would bring the administration of justice into disrepute" (*Harrison*, at para. 36). No one consideration should be permitted to consistently trump other considerations. For instance, as this Court explained in *Harrison*, the seriousness of the offence and the reliability of the evidence should not be permitted to "overwhelm" the s. 24(2) analysis because this "would deprive those charged with serious crimes of the protection of the individual freedoms afforded to all Canadians under the *Charter* and, in effect, declare that in the administration of the criminal law 'the ends justify the means'" (para. 40, citing 2008 ONCA 85, 89 O.R. (3d) 161, at para. 150, *per* Cronk J.A., dissenting). In all cases, courts must assess the long-term reputé of the administration of justice.

C. *First Issue*

[49] I turn to the first of the two issues raised on appeal: Did the Court of Appeal err in intervening

L'utilisation d'éléments de preuve non fiables ne sert ni l'intérêt de l'accusé à ce qu'un procès équitable soit tenu ni l'intérêt du public à ce que la vérité soit découverte. À l'inverse, écarter des éléments de preuve fiables risque de compromettre la fonction de recherche de la vérité du système de justice et de rendre le procès inéquitable aux yeux du public. L'importance des éléments de preuve pour la poursuite constitue un corollaire à l'examen de la fiabilité. L'utilisation d'éléments de preuve d'une fiabilité douteuse est davantage susceptible de déconsidérer l'administration de la justice lorsque ces éléments représentent la totalité de la preuve dont dispose la poursuite, mais l'exclusion d'éléments de preuve d'une grande fiabilité peut être plus dommageable pour la fonction de recherche de la vérité qui est inhérente à la procédure criminelle lorsqu'elle se révèle fatale à la poursuite.

[48] Après avoir examiné ces questions, le tribunal doit mettre en balance l'appréciation de chacune d'elles pour statuer sur la demande fondée sur le par. 24(2), et aucune « règle prépondérante » ne régit cette opération (*Grant*, par. 86). Au contraire, « [l]a preuve à l'égard de chacune de ces questions doit être soupesée afin de déterminer si, eu égard aux circonstances, l'utilisation des éléments de preuve serait susceptible de déconsidérer l'administration de la justice » (*Harrison*, par. 36). Nulle considération ne doit l'emporter systématiquement sur une autre. Par exemple, comme l'explique la Cour dans *Harrison*, la gravité de l'infraction et la fiabilité de la preuve ne doivent pas pouvoir « supplanter » l'analyse fondée sur le par. 24(2), car une telle supplantation « priverait les personnes accusées de crimes graves de la protection des libertés individuelles garanties par la *Charte* à tous les Canadiens et, en fait, attesterait que dans l'administration du droit pénal, "la fin justifie les moyens" » (par. 40, citant 2008 ONCA 85, 89 O.R. (3d) 161, par. 150, la juge Cronk, dissidente). Dans tous les cas, le tribunal doit se soucier de la considération dont jouira à long terme l'administration de la justice.

C. *Première question en litige*

[49] Je passe maintenant à la première des deux questions en litige dans le présent pourvoi : La

on the bases that the police had not deliberately acted in an abusive manner and that the offence was serious?

[50] As explained above, the Court of Appeal found that the trial judge had erred in excluding the physical evidence located at the scene. It based its conclusion, in part, on the fact that the police did not intend to act prejudicially nor had they deliberately acted in an abusive manner. It also based this conclusion on the fact that the offence in question was serious. In my respectful view, appellate intervention was not warranted on either of these grounds.

(1) Re-characterization of Police Conduct

[51] The Court of Appeal found that the police did not intend to act prejudicially nor had they deliberately acted in an abusive manner. This constituted a re-characterization of the evidence that was not open to the Court of Appeal. The trial judge made numerous findings to the contrary, specifically that the *Charter* violations were extremely serious, the police had not acted in good faith, the police had demonstrated a continuous and systematic disregard for the appellant's *Charter*-protected rights and had persisted in their misconduct by misleading a judicial officer in obtaining search warrants, by failing to be frank and sincere in their testimony and by trying to justify their actions on untenable grounds. The Court of Appeal, respectfully, exceeded its role by its re-characterization of the evidence which departed from express findings by the trial judge which are not tainted by any clear and determinative error. The Court of Appeal should not have substituted its own view of the police conduct for that of the trial judge.

[52] The respondent spent a considerable portion of its written argument trying to persuade this Court that the trial judge's findings about the nature of the police conduct were unreasonable. The respondent submits that the trial judge went too far in his criticism of the police. More specifically, the

Cour d'appel a-t-elle eu tort d'intervenir au motif que les policiers n'avaient pas délibérément agi de manière abusive et que le crime était grave?

[50] Comme je l'explique précédemment, la Cour d'appel conclut que le juge du procès a eu tort d'écarter la preuve matérielle recueillie sur le lieu du crime. Elle se fonde en partie sur le fait que les policiers n'ont pas eu d'attitude attentatoire et n'ont pas délibérément agi de manière abusive. Elle invoque aussi la gravité de l'infraction. À mon humble avis, son intervention n'est justifiée par aucun de ces motifs.

(1) Nouvelle qualification de la conduite des policiers

[51] La Cour d'appel conclut que les policiers n'ont pas eu d'attitude attentatoire ni délibérément agi de manière abusive. Cela revient à qualifier de nouveau la preuve alors qu'elle ne peut le faire. Le juge du procès tire de nombreuses conclusions contraires, à savoir que les violations de la *Charte* sont extrêmement graves, que les policiers n'ont pas agi de bonne foi, qu'ils ont fait preuve d'un mépris constant et systématique pour les droits constitutionnels de l'appelante et qu'ils ont persisté dans leur conduite répréhensible en induisant un officier de justice en erreur dans le but d'obtenir des mandats de perquisition, en ne témoignant pas de manière franche et sincère et en invoquant des motifs qui ne tenaient pas la route pour justifier leurs gestes. En toute déférence, la Cour d'appel outrepassa son rôle en qualifiant de nouveau la preuve, tournant ainsi le dos aux conclusions expresses du juge du procès qui sont pourtant exemptes d'erreur manifeste et déterminante. La Cour d'appel n'aurait pas dû substituer sa propre appréciation de la conduite des policiers à celle du juge du procès.

[52] L'intimée consacre une grande partie de la plaidoirie écrite à tenter de convaincre la Cour du caractère déraisonnable des conclusions du juge du procès sur la nature de la conduite des policiers. Elle prétend que le juge critique trop sévèrement les policiers et, plus précisément, qu'il était

respondent submits that it was unreasonable for the trial judge to conclude that the *Charter* violations committed by the police were flagrant without considering the dynamic and evolving nature of the situation. It also submits that the trial judge erred in failing to conclude that the police were faced with a situation of urgency that required immediate action from the patrolling officers. I would not accede to these attempts to reverse the trial judge's findings of fact. A trial judge's findings of fact on a *voir dire* concerning the admissibility of evidence must be respected unless they are tainted by clear and determinative error. The trial judge made clear findings that from virtually the moment that the police arrived at the appellant's residence, they believed that she was a suspect; he concluded that the police *knew* that the person they were meeting was susceptible to being involved in the death of Mr. Hogue. I also note that the trial judge made a clear finding that the officers were not exercising their investigative powers arising from the 9-1-1 call when they came to Ms. Côté's house. Rather, he found that their purpose was to conduct a criminal investigation by speaking with an obvious suspect. The trial judge made these clear findings of fact based on his first-hand assessment of the officers' credibility by observing their testimony in court. There is no basis disclosed for interfering with the trial judge's numerous conclusions with respect to the police conduct and I thus decline to interfere with his findings.

(2) Seriousness of the Offence

[53] The Court of Appeal also emphasized that the offence in question was serious in grounding its conclusion that the trial judge was wrong to exclude the physical evidence obtained from the appellant's residence. This relates to the third branch of the *Grant* analysis that deals with society's interest in an adjudication on the merits. Under this branch, relevant, reliable evidence that is crucial to the prosecution's case will often point towards admission, though these considerations will have to be balanced against other relevant factors. The seriousness of the offence, however, has the potential to "cut both ways" and will not always weigh in favour of admission (*Grant*, at para. 84).

déraisonnable de conclure au caractère flagrant des atteintes à la *Charte* sans tenir compte de l'évolution de la situation et de sa dynamique. Elle ajoute que le juge du procès a tort de ne pas arriver à la conclusion que les policiers se trouvaient dans une situation d'urgence nécessitant une intervention immédiate des patrouilleurs. Je ne peux faire droit à ces prétentions qui visent à faire infirmer les conclusions de fait du juge du procès. Il faut respecter les conclusions de fait tirées lors d'un *voir-dire* sur l'admissibilité de la preuve, sauf si elles sont entachées d'une erreur manifeste et déterminante. Le juge du procès dit clairement que dès le moment — à peu de chose près — où les policiers sont arrivés chez l'appelante, ils la tenaient pour suspecte. Il conclut qu'ils *savaient* que la personne qu'ils rencontraient était susceptible d'être impliquée dans la mort de M. Hogue. Je signale en outre que le juge du procès arrive clairement à la conclusion que les policiers n'exerçaient pas le pouvoir d'enquête découlant d'un appel au 9-1-1 lorsqu'ils se sont présentés chez M^{me} Côté. Au contraire, ils entreprenaient selon lui une enquête criminelle en s'entretenant avec un suspect évident. Le juge du procès tire ces conclusions de fait non équivoques après avoir observé les policiers témoigner et avoir alors apprécié directement la crédibilité de leurs témoignages. Il n'y a aucune raison de revenir sur ses nombreuses conclusions concernant la conduite des policiers et, par conséquent, je me refuse à les modifier.

(2) Gravité de l'infraction

[53] La Cour d'appel invoque également la gravité de l'infraction pour justifier sa conclusion que le juge du procès a eu tort d'écartier la preuve matérielle recueillie au domicile de l'appelante. Cette considération correspond au troisième volet de la grille d'analyse de l'arrêt *Grant*, à savoir l'intérêt de la société à ce que l'affaire soit jugée au fond. Dans le cas d'éléments de preuve pertinents et fiables qui sont indispensables à la poursuite, cette considération joue souvent en faveur de l'utilisation, bien qu'elle doive être mise en balance avec d'autres qui sont également pertinentes. La gravité de l'infraction est toutefois susceptible de « jouer dans les deux sens » et ne milite pas

While society has a greater interest in seeing a serious offence prosecuted, it has an equivalent interest in ensuring that the judicial system is above reproach, particularly when the stakes are high for the accused person.

[54] The Court of Appeal thus erred in reweighing the impact of the seriousness of the offence. This consideration was fully addressed by the trial judge who was painfully aware of the seriousness of the offence and of the consequences of excluding the evidence. At para. 339 of his reasons, the trial judge acknowledged the seriousness of the offence, and at para. 340, he noted that the more serious the offence, the greater the likelihood that the administration of justice would be brought into disrepute by its exclusion, especially where the evidence was essential to a conviction. It is clear that the trial judge took this factor into account in his s. 24(2) determination and the Court of Appeal was therefore unjustified in simply assigning it greater importance.

[55] The respondent submits that the trial judge erred in failing to consider the reliability of the evidence and that this affected his weighing under the third factor of the s. 24(2) analysis. While I acknowledge that the trial judge did not expressly state that the evidence was reliable, he was of course fully aware of the nature of the evidence that was the subject of his order of exclusion. The evidence was reliable in the sense that it was objective and material and this would certainly have been obvious to the trial judge, who described all of the evidence at length in his reasons. The respondent's argument also overlooks the fact that the trial judge's decision predates this Court's judgment in *Grant* and thus may have been couched in different terms. I do not accept the respondent's submission that the trial judge failed to consider the reliability of the evidence and that this affected his s. 24(2) determination.

[56] To conclude, the Court of Appeal erred in interfering with the trial judge's s. 24(2) determination on the basis that the police did not deliberately

toujours en faveur de l'utilisation de la preuve (*Grant*, par. 84). La société a certes grandement intérêt à ce qu'une affaire de crime grave soit jugée au fond, mais elle a un intérêt tout aussi important à ce que le système de justice demeure à l'abri de tout reproche, particulièrement lorsque l'accusé encourt de lourdes conséquences pénales.

[54] La Cour d'appel commet donc une erreur en soupesant à nouveau l'incidence de la gravité de l'infraction, une considération dûment examinée par le juge du procès, qui était douloureusement conscient de la gravité de l'infraction et des conséquences de l'exclusion de la preuve. Au paragraphe 339 de ses motifs, le juge du procès reconnaît qu'il s'agit d'une infraction grave, puis au par. 340, il fait remarquer que plus l'infraction est grave, plus l'exclusion de la preuve est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice, surtout lorsque la preuve est essentielle à une déclaration de culpabilité. Le juge du procès en tient manifestement compte dans son analyse fondée sur le par. 24(2) et, par conséquent, rien ne justifie la Cour d'appel d'y accorder simplement une importance accrue.

[55] L'intimée prétend que le juge du procès a eu tort de ne pas prendre en compte la fiabilité de la preuve, ce qui se serait répercuté sur son évaluation du troisième élément à considérer pour l'application du par. 24(2). Je reconnais que le juge du procès ne dit pas expressément que la preuve est fiable, mais il est évidemment tout à fait conscient de la nature de la preuve qu'il écarte. La preuve est fiable en ce sens qu'elle est objective et matérielle, ce qui était certainement évident pour le juge du procès, qui la décrit en détail dans ses motifs. La thèse de l'intimée fait aussi abstraction de ce que le juge du procès se prononce avant l'arrêt *Grant* de notre Cour, de sorte qu'il a pu s'exprimer en des termes différents. Je ne fais pas droit à la prétention de l'intimée selon laquelle le juge du procès ne se serait pas penché sur la fiabilité de la preuve, ce qui aurait influé sur sa décision fondée sur le par. 24(2).

[56] En conclusion, la Cour d'appel a eu tort de modifier cette décision du juge du procès au motif que les policiers n'avaient pas délibérément agi

act abusively; they did, as the trial judge found. It should also not have interfered with the trial judge's s. 24(2) determination by assigning greater importance to the seriousness of the offence when the trial judge was fully aware of and properly weighed this factor. The Court of Appeal should not have simply substituted its weighing of these factors for that of the trial judge given that he clearly considered them according to correct legal principles.

D. *Second Issue*

[57] I now turn to the second of the two issues raised on appeal: Did the Court of Appeal err in intervening on the basis that the evidence was "discoverable"?

(1) The Court of Appeal's Reliance on Discoverability

[58] As noted, the Court of Appeal was also convinced that the physical evidence (all of which it described as [TRANSLATION] "derivative evidence") should not have been excluded because it could have been obtained legally by warrant, without the appellant's participation (para. 33). Indeed, as I read the court's reasons, this was the principal basis for its appellate intervention. The Court of Appeal's emphasis on the discoverability of the evidence affected its weighing of the s. 24(2) factors, in particular the second one concerning the impact of the violation on the accused's rights. The court was of the view that the impact of the violations was attenuated because the evidence could have been lawfully obtained and, accordingly, its admission would not affect trial fairness nor bring the administration of justice into disrepute.

[59] The trial judge was alive to this issue. He commented at para. 347 of his reasons that it was possible, even probable, that the police could have pursued their investigation effectively and in a constitutional manner had they respected simple and elementary principles governing their actions.

de manière abusive. Ils ont agi de la sorte; c'est ce que conclut le juge du procès. Elle n'aurait pas dû non plus modifier la décision en accordant une importance accrue à la gravité de l'infraction alors que le juge du procès était parfaitement conscient de celle-ci et qu'il en a dûment tenu compte. La Cour d'appel n'aurait pas dû substituer simplement son appréciation de ces considérations à celle du juge du procès, qui les a clairement examinées en fonction des bons principes juridiques.

D. *Deuxième question en litige*

[57] Je passe maintenant à la seconde question en litige : La Cour d'appel a-t-elle eu tort d'intervenir sur le fondement de la « possibilité de découvrir » la preuve?

(1) Intervention de la Cour d'appel sur le fondement de la possibilité de découvrir la preuve

[58] Comme je le mentionne précédemment, la Cour d'appel se dit également convaincue que la preuve matérielle (qu'elle qualifie entièrement de « preuve dérivée ») n'aurait pas dû être écartée, car elle aurait pu être recueillie légalement avec un mandat, sans la participation de l'appelante (par. 33). Suivant mon interprétation de ses motifs, il s'agit du principal fondement de son intervention. L'importance qu'elle accorde à la possibilité de découvrir la preuve influe sur son appréciation des considérations à soulever pour l'application du par. 24(2), en particulier la deuxième : l'incidence de la violation sur les droits de l'accusé. La Cour d'appel estime que l'effet des violations est atténué par le fait que la preuve aurait pu être obtenue légalement, de sorte que son utilisation n'est pas susceptible de nuire à l'équité du procès ni de déconsidérer l'administration de la justice.

[59] Conscient de cette réalité, le juge du procès fait observer au par. 347 de ses motifs qu'il aurait été possible, voire probable, que les policiers poursuivent leur enquête de manière efficace et constitutionnelle s'ils avaient respecté les principes simples et élémentaires applicables.

[60] Analysis of the Court of Appeal's treatment of discoverability requires that the following questions be answered:

- (a) Did the development of the law in *Grant* and its companion cases justify appellate intervention?
- (b) What is the principle of discoverability and how does it affect the s. 24(2) analysis under *Grant* and its companion cases?
- (c) Did the Court of Appeal err in its treatment of discoverability in the s. 24(2) analysis in this case?

[61] I will address these questions in turn.

- (a) *Did the Development of the Law in Grant and Its Companion Cases Justify Appellate Intervention?*

[62] The Court of Appeal was of the view that *Grant* and its companion cases, decided after the trial judge's ruling, had changed the law with respect to the admission of reliable derivative evidence. By "derivative evidence", the Court of Appeal meant physical evidence discovered as a result of an unlawfully obtained statement. In its broader sense, evidence is "derivative" when it is discovered as a result of other unconstitutionally obtained evidence. Under the trial fairness rationale in *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265, derivative evidence obtained as a result of unconstitutional conscription, that is, compelled self-incrimination at the behest of the state of the accused against him or herself, was generally excluded — because of its presumed impact on trial fairness — unless it would have been independently discovered. The Court of Appeal noted that now, as a result of *Grant* and its companion cases, the admissibility of such evidence is to be assessed on the same basis as all other evidence by asking whether its admission would bring the administration of justice into disrepute. The Court of Appeal seemed to suggest that because derivative evidence of a conscriptive nature was more likely to have been excluded

[60] Pour analyser la manière dont la Cour d'appel applique la notion de possibilité de découvrir la preuve, il faut répondre aux questions suivantes :

- a) L'évolution du droit issue de *Grant* et des arrêts connexes justifie-t-elle l'intervention en appel?
- b) Que faut-il entendre par la possibilité de découvrir la preuve et en quoi cette notion influence-t-elle sur l'analyse que commande le par. 24(2) suivant *Grant* et les arrêts connexes?
- c) La Cour d'appel a-t-elle appliqué erronément la notion de possibilité de découvrir la preuve lors de son analyse fondée sur le par. 24(2)?

[61] J'examine successivement chacune de ces questions.

- a) *L'évolution du droit issue de Grant et des arrêts connexes justifie-t-elle l'intervention en appel?*

[62] La Cour d'appel estime que des arrêts postérieurs à la décision du juge du procès, dont *Grant*, ont modifié le droit relatif à l'utilisation de la preuve dérivée fiable. Elle entend par « preuve dérivée » la preuve matérielle découverte à la suite d'une déclaration obtenue illégalement. Au sens large, la preuve est « dérivée » lorsqu'elle est découverte grâce à un autre élément de preuve obtenu de façon inconstitutionnelle. Suivant le principe de l'équité du procès dégagé dans *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265, la preuve dérivée obtenue grâce à la mobilisation inconstitutionnelle de l'accusé contre lui-même, c'est-à-dire l'auto-incrimination forcée sur l'ordre de l'État, est généralement écartée — en raison de son incidence présumée sur l'équité du procès —, sauf si elle aurait pu être découverte de façon indépendante. La Cour d'appel opine qu'en raison de l'arrêt *Grant* et des arrêts connexes, l'admissibilité d'une telle preuve doit désormais être déterminée comme celle de tout autre élément de preuve, soit en se demandant si son utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. Étant donné la probabilité accrue que la preuve dérivée obtenue par la mobilisation de l'accusée contre elle-même

under the pre-*Grant* framework, it was necessary to redo the s. 24(2) analysis using the revised *Grant* approach.

[63] The fundamental difficulty with the court's reasoning, in my respectful view, is this: the trial judge did not refer to the fact that this was conscriptive evidence, nor did he suggest that the case for exclusion was stronger because of that. It is therefore difficult for me to see how the trial judge showed any concern that the evidence ought to be excluded because it was conscriptive. Thus, the trial judge did not place any weight on the conscriptive character of the evidence and it did not appear to affect his analysis in any way. In any event, the Court of Appeal erred by characterizing all of the evidence as being derivative of an unlawfully obtained statement when in fact very little of it was. Only the two guns potentially constitute "derivative" evidence in the narrow sense described by the Court of Appeal, as the appellant had informed Constables Tremblay and Mathieu of their presence in the house. Although she only showed police the gun located in the bedroom, she nevertheless told them that a second gun existed. More importantly, I am of the view that the Court of Appeal erred in its analysis of the doctrine of discoverability as it applies in this case.

(b) *What Is the Principle of Discoverability and How Does It Affect the Section 24(2) Analysis Under Grant and Its Companion Cases?*

[64] The principle of discoverability was developed under the *Collins/Stillman* framework of analysis and has traditionally been applied to derivative evidence obtained as a result of the breach of an accused's right against self-incrimination: see *Collins*, and *R. v. Stillman*, [1997] 1 S.C.R. 607. According to the *Collins* trial

ait été écartée à l'issue de l'analyse qui avait cours avant l'arrêt *Grant*, la Cour d'appel paraît laisser entendre qu'il faut reprendre l'analyse fondée sur le par. 24(2) en suivant la nouvelle démarche prescrite dans l'arrêt *Grant*.

[63] À mon humble avis, le problème fondamental du raisonnement de la Cour d'appel est le suivant. Le juge du procès ne mentionne pas que la preuve a été obtenue en mobilisant l'accusée contre elle-même, ni ne laisse entendre qu'un tel mode d'obtention ajoute au bien-fondé de la décision d'écartier la preuve. Je vois donc difficilement comment le juge du procès a pu se soucier de la nécessité d'écartier la preuve parce qu'elle avait été obtenue en mobilisant l'accusée contre elle-même. Par conséquent, le juge du procès n'a accordé aucune importance à la nature auto-incriminante de la preuve, et son analyse ne paraît en faire aucun cas. Quoi qu'il en soit, la Cour d'appel a tort de qualifier la preuve en entier de preuve dérivée d'une déclaration obtenue illégalement, car dans les faits, une infime partie de la preuve était dérivée. Seules les deux armes à feu pourraient constituer des éléments de preuve « dérivée » au sens strict précisé par la Cour d'appel puisque l'appelante avait informé les agents Tremblay et Mathieu de leur présence dans la maison. Même si elle a seulement montré aux policiers l'arme à feu qui se trouvait dans la chambre à coucher, elle leur a révélé qu'il y en avait une deuxième. Plus important encore, je suis d'avis que, dans son analyse en l'espèce, la Cour d'appel applique erronément la notion de la possibilité de découvrir la preuve.

b) *Que faut-il entendre par possibilité de découvrir la preuve et en quoi cette notion influe-t-elle sur l'analyse que commande le paragraphe 24(2) suivant Grant et les arrêts connexes?*

[64] La possibilité de découvrir la preuve est une notion issue du cadre d'analyse retenu dans les arrêts *Collins* et *R. c. Stillman*, [1997] 1 R.C.S. 607. Traditionnellement, on l'applique à la preuve dérivée obtenue par suite de la violation du droit de l'accusé à la protection contre l'auto-incrimination. Suivant la notion d'équité du procès retenue dans

fairness rationale, admitting evidence derived from unconstitutional self-incrimination not only further undermined the accused's right not to be conscripted against him or herself, but it also could be seen as undermining the fairness of the accused's trial at which, of course, he or she is presumed innocent and is not a compellable witness. The fact that the evidence could have been discovered without the accused's participation — in other words that it was discoverable — was considered relevant and often determinative to the s. 24(2) analysis because that fact attenuated the impact of the unconstitutional actions on the accused's right against self-incrimination and his or her fair trial rights. The state would have been able to collect the evidence without the accused's participation, and the fact that the evidence would have been discovered without infringing the accused's right against self-incrimination weakens the causal link between the *Charter* breach and obtaining the evidence.

[65] In *Grant*, this Court established a more flexible, multi-factored approach to the exclusion of evidence under s. 24(2). The earlier *Collins/Stillman* framework had been criticized for being too categorical; exclusion seemed to be virtually automatic if the evidence was found to be conscriptive and not otherwise discoverable. However, *Grant* affirmed that discoverability remains relevant to the s. 24(2) analysis, explaining as follows:

Discoverability retains a useful role, however, in assessing the actual impact of the breach on the protected interests of the accused. It allows the court to assess the strength of the causal connection between the *Charter*-infringing self-incrimination and the resultant evidence. The more likely it is that the evidence would have been obtained even without the statement, the lesser the impact of the breach on the accused's underlying interest against self-incrimination. The converse, of course, is also true. On the other hand, in cases where it cannot be determined with any confidence whether evidence would have been discovered in absence of the statement, discoverability will have no impact on the s. 24(2) inquiry. [para. 122]

Collins, non seulement l'utilisation d'un élément de preuve auto-incriminant accroît la mise à mal du droit de l'accusé de ne pas être mobilisé contre lui-même, mais on peut aussi considérer qu'elle mine l'équité du procès au cours duquel l'accusé est évidemment présumé innocent et n'est pas un témoin contraignable. Le fait que la preuve aurait pu être découverte sans la participation de l'accusé — en d'autres termes, la possibilité de sa découverte — a été jugé pertinent et souvent déterminant aux fins de l'analyse que requiert le par. 24(2) parce qu'il atténue l'incidence des mesures inconstitutionnelles sur le droit de l'accusé à la protection contre l'auto-incrimination et son droit à un procès équitable. L'État aurait pu recueillir la preuve sans le concours de l'accusé, et le fait que la preuve aurait pu être découverte sans porter atteinte au droit de l'accusé de ne pas s'incriminer affaiblit le lien de causalité entre la violation de la *Charte* et l'obtention de la preuve.

[65] Dans *Grant*, la Cour assouplit la démarche susceptible de mener à l'exclusion de la preuve sur le fondement du par. 24(2) et elle la rend multifactorielle. On reprochait au cadre d'analyse issu des arrêts antérieurs *Collins* et *Stillman* d'être trop strict; l'exclusion de la preuve allait pratiquement de soi s'il était établi qu'elle avait été obtenue en mobilisant l'accusé contre lui-même et qu'elle n'aurait pu être découverte autrement. La Cour confirme toutefois que la possibilité de découvrir la preuve demeure pertinente aux fins de l'analyse fondée sur le par. 24(2) :

La possibilité de découvrir reste toutefois utile pour évaluer l'impact réel de la violation sur les intérêts protégés de l'accusé. En effet, ce critère permet au tribunal d'évaluer la force du lien de causalité entre l'auto-incrimination contraire à la *Charte* et les éléments de preuve qui en ont découlé. Plus il est probable que ces derniers auraient été obtenus même sans la déclaration, moins les incidences de la violation sur l'intérêt sous-jacent de l'accusé de ne pas s'incriminer ont d'importance. Bien entendu, l'inverse est également vrai. Par ailleurs, lorsqu'il est impossible d'établir avec certitude si les éléments de preuve auraient été découverts sans la déclaration, la possibilité de découvrir n'influera pas sur l'analyse requise par le par. 24(2). [par. 122]

[66] The concept of discoverability has been used in relation to derivative evidence to indicate that the police could have obtained the same evidence without unconstitutionally conscripting the accused or that the evidence would have inevitably been discovered without reference to that conscription: *Stillman*, at para. 107; *R. v. Colarusso*, [1994] 1 S.C.R. 20, at p. 77. However, I will use the term “discoverability” to refer to situations where unconstitutionally obtained evidence of any nature could have been obtained by lawful means had the police chosen to adopt them. Viewed in this fashion, discoverability has, in appropriate circumstances, a useful role to play in the s. 24(2) analysis where the interest at stake is one other than self-incrimination.

[67] In the pre-*Grant* case law, the fact that unconstitutionally obtained evidence, even though not conscriptive, could have been obtained by constitutional means was considered in the s. 24(2) analysis. Discoverability had two main effects on the analysis: first, the fact that the evidence could have been obtained properly in some circumstances tended to make the *Charter* breach more serious, particularly, for example, in cases in which the police simply ignored the requirement of prior authorization for a search. On the other hand, in some circumstances, the fact that the police actually had reasonable and probable grounds to search, although they did not obtain a warrant, tended to lessen the seriousness of the breach.

[68] *R. v. Buhay*, 2003 SCC 30, [2003] 1 S.C.R. 631, is a good example of how discoverability can, in simple language, cut both ways. There, the police searched a locker. One officer said that the idea of getting a warrant did not even cross his mind, while another said he did not consider obtaining a warrant because he thought he lacked sufficient grounds. The Court endorsed the conclusion of the trial judge that the officer who failed even to consider

[66] On a eu recours à la notion de possibilité de découvrir une preuve dérivée dans le cas où les policiers auraient pu mettre la main sur la preuve sans mobiliser l'accusé contre lui-même au mépris de la Constitution ou que la preuve aurait été inévitablement découverte même sans cette mobilisation : *Stillman*, par. 107; *R. c. Colarusso*, [1994] 1 R.C.S. 20, p. 77. Cependant, j'associe la « possibilité de découvrir » à la situation où une preuve, quelle qu'elle soit, obtenue de manière inconstitutionnelle, aurait pu être recueillie en toute légalité si les policiers s'en étaient donné la peine. Dans cette optique, la possibilité de découvrir la preuve constitue, si les circonstances s'y prêtent, une considération pertinente dans l'analyse que commande le par. 24(2) lorsqu'un autre droit que celui à la protection contre l'auto-incrimination est en jeu.

[67] Dans la jurisprudence antérieure à l'arrêt *Grant*, le fait que la preuve obtenue de façon inconstitutionnelle, même sans mobilisation de l'accusé contre lui-même, aurait pu être découverte par des moyens constitutionnels était pris en considération dans l'analyse fondée sur le par. 24(2). La notion de possibilité de découvrir la preuve avait deux conséquences principales sur l'analyse : premièrement, dans certaines circonstances, le fait que la preuve aurait pu être obtenue régulièrement aggravait en général la violation des droits garantis par la *Charte*, notamment lorsque les policiers se dérobaient simplement à leur obligation d'obtenir une autorisation avant la perquisition ou la fouille. En revanche, dans d'autres circonstances, le fait que les policiers avaient véritablement des motifs raisonnables et probables d'effectuer la perquisition ou la fouille, même s'ils n'avaient pas obtenu de mandat, amoindrissait généralement la gravité de la violation.

[68] L'arrêt *R. c. Buhay*, 2003 CSC 30, [2003] 1 R.C.S. 631, montre bien que la possibilité de découvrir la preuve peut en quelque sorte jouer dans les deux sens. Dans cette affaire, les policiers avaient fouillé un casier. L'un a affirmé que l'idée d'obtenir un mandat ne lui avait même pas traversé l'esprit, alors que l'autre a dit ne pas avoir pensé à en obtenir un parce qu'il ne croyait pas avoir de motifs suffisants. La Cour convient avec le juge du procès

getting a warrant had demonstrated a “casual attitude” towards the appellant’s *Charter* rights and that the other officer’s decision to proceed with the search because he thought he did not have sufficient grounds to obtain a warrant suggested a blatant disregard for the appellant’s rights which was fatal to a claim of good faith: paras. 60-61. On the other hand, this Court acknowledged that the officer probably did in fact have sufficient grounds to obtain a warrant and that the existence in fact of reasonable and probable grounds to conduct the search has on many occasions been considered as lessening the seriousness of the violation. In the end, the Court accepted that the trial judge had reasonably concluded that the breach was serious and that his assessment should not have been interfered with on appeal: see generally paras. 52-56.

[69] Discoverability remains a relevant factor under the current s. 24(2) analysis. *R. v. Nolet*, 2010 SCC 24, [2010] 1 S.C.R. 851, is an example. Binnie J., writing for the Court, found that the fact that non-bodily physical evidence obtained in breach of an accused’s s. 8 right would otherwise have been discovered was one of the points favouring the admissibility rather than the exclusion of the evidence.

[70] While discoverability may still play a useful role in the s. 24(2) analysis, it is not determinative. A finding of discoverability should not be seen as necessarily leading to admission of evidence. Nor should courts engage in speculation. As stated in *Grant*, where it cannot be determined with any confidence whether evidence would have been discovered in the absence of the *Charter* breach, discoverability will have no impact on the s. 24(2) inquiry. I will describe how, in appropriate cases, discoverability may be relevant to the first two branches of the *Grant* analysis.

[71] I turn to the first branch of the *Grant* test which is concerned with the seriousness of the

que l’agent qui n’a même pas pensé à obtenir un mandat a agi avec une « certaine désinvolture » envers les droits constitutionnels de l’accusé et que la décision de l’autre agent d’effectuer la fouille parce qu’il estimait ne pas avoir de motifs suffisants pour obtenir un mandat traduisait un mépris flagrant des droits de l’accusé, ce qui réfutait toute allégation de bonne foi (par. 60-61). En revanche, la Cour reconnaît que l’agent avait probablement des motifs suffisants pour obtenir un mandat et qu’on a maintes fois considéré que l’existence de motifs raisonnables et probables atténuait la gravité d’une violation. En fin de compte, la Cour estime que le juge du procès a raisonnablement conclu à la gravité de la violation et qu’il n’y avait pas lieu de modifier sa décision en appel : voir généralement les par. 52-56.

[69] Comme le montre l’arrêt *R. c. Nolet*, 2010 CSC 24, [2010] 1 R.C.S. 851, la possibilité de découvrir la preuve demeure pertinente dans l’analyse actuelle que commande le par. 24(2). Selon le juge Binnie, qui s’exprime au nom de la Cour, le fait que la preuve matérielle non corporelle obtenue en violation du droit garanti à l’accusé par l’art. 8 de la *Charte* aurait été découverte autrement était l’un des éléments qui militaient en faveur de l’utilisation de la preuve au lieu de son exclusion.

[70] La possibilité de découvrir la preuve joue encore un rôle important dans l’analyse requise au par. 24(2), mais elle n’est pas déterminante. La conclusion selon laquelle la preuve aurait pu être découverte n’emporte pas nécessairement que l’on doive permettre son utilisation au procès. Le tribunal ne doit pas non plus se livrer à des conjectures. Comme le dit la Cour dans *Grant*, lorsqu’on ne peut déterminer avec certitude que la preuve aurait été découverte même sans l’atteinte à la *Charte*, la possibilité de découvrir la preuve n’a aucune incidence sur l’analyse que requiert le par. 24(2). Il convient maintenant d’expliquer en quoi, dans les cas qui s’y prêtent, la possibilité de découvrir la preuve peut jouer dans l’application des deux premiers volets de la grille d’analyse de l’arrêt *Grant*.

[71] Examinons d’abord le premier volet, à savoir la gravité de la conduite attentatoire de l’État. Le

Charter-infringing state conduct. If the police officers could have conducted the search legally but failed to turn their minds to obtaining a warrant or proceeded under the view that they could not have demonstrated to a judicial officer that they had reasonable and probable grounds, the seriousness of the state conduct is heightened. As in *Buhay*, a casual attitude towards, or a deliberate flouting of, *Charter* rights will generally aggravate the seriousness of the *Charter*-infringing state conduct. On the other hand, the facts that the police exhibited good faith and/or had a legitimate reason for not seeking prior judicial authorization of the search will likely lessen the seriousness of the *Charter*-infringing state conduct.

[72] We come now to the effect of discoverability on the second branch of the *Grant* test — the impact on the *Charter*-protected interests of the accused. Section 8 of the *Charter* protects an individual's reasonable expectation of privacy. That reasonable expectation of privacy must take account of the fact that searches may occur when a judicial officer is satisfied that there are reasonable and probable grounds and authorizes the search before it is carried out. If the search could not have occurred legally, it is considerably more intrusive of the individual's reasonable expectation of privacy. On the other hand, the fact that the police could have demonstrated to a judicial officer that they had reasonable and probable grounds to believe that an offence had been committed and that there was evidence to be found at the place of the search will tend to lessen the impact of the illegal search on the accused's privacy and dignity interests protected by the *Charter*.

[73] This is not to say, however, that in such circumstances there is no infringement of an accused's privacy interests. A reasonable expectation of privacy protected under s. 8 of the *Charter* includes not only that proper grounds exist but also the requirement of prior judicial authorization. Thus the absence of a warrant when one was legally required constitutes an infringement of an accused's privacy. The intrusiveness of such an unauthorized search will be assessed according to

fait que les policiers auraient pu effectuer la fouille légalement, mais qu'ils n'ont pas songé à obtenir un mandat ou qu'ils ont pensé ne pas être en mesure de convaincre un officier de justice qu'ils avaient les motifs raisonnables et probables requis ajoutés à la gravité de la conduite de l'État. Comme dans *Buhay*, la désinvolture envers des droits garantis par la *Charte* ou le mépris délibéré accroît généralement la gravité de la conduite attentatoire de l'État. Par contre, la bonne foi du policier ou l'existence d'un motif légitime de ne pas demander une autorisation judiciaire avant d'effectuer la fouille ou la perquisition devrait généralement atténuer la gravité de cette conduite.

[72] Passons maintenant à l'effet de la possibilité de découvrir la preuve sur le deuxième volet du test de l'arrêt *Grant*, à savoir l'incidence de la violation sur les droits constitutionnels de l'accusé. L'article 8 de la *Charte* protège l'attente raisonnable qu'une personne peut avoir en matière de vie privée. Malgré cette attente, une fouille ou une perquisition demeure possible lorsqu'un officier de justice est convaincu qu'il existe des motifs raisonnables et probables de recourir à la mesure et qu'il l'autorise au préalable. Lorsque la fouille ou la perquisition n'aurait pu avoir lieu légalement, il y a empiètement accru sur l'attente raisonnable en matière de vie privée. Par contre, le fait que les policiers auraient pu convaincre l'officier de justice qu'ils avaient des motifs raisonnables et probables de croire qu'une infraction avait été commise et que des éléments de preuve se trouvaient à l'endroit visé diminue généralement l'incidence de la mesure illégale sur le droit à la dignité et le droit à la vie privée que garantit la *Charte* à l'accusé.

[73] On ne saurait toutefois conclure qu'il n'y a alors aucune atteinte au droit à la vie privée. L'attente raisonnable en la matière que protège l'art. 8 de la *Charte* suppose non seulement l'existence de motifs valables, mais aussi l'obtention au préalable d'une autorisation judiciaire. Par conséquent, l'absence du mandat légalement requis constitue une violation du droit à la vie privée. L'empiètement d'une perquisition non autorisée doit être déterminé en fonction de l'attente en matière de vie privée que

the level of privacy that could have reasonably been expected in the given set of circumstances. The greater the expectation of privacy, the more intrusive the unauthorized search will have been. The seriousness of the impact on the accused's *Charter*-protected interests will not always mirror the seriousness of the breach, i.e. the *Charter*-infringing state conduct. For instance, where the police acted in good faith in obtaining a warrant that was found on review not to disclose reasonable and probable grounds to believe that a crime had been committed and that there was evidence to be found at the place of the search, the seriousness of the *Charter*-infringing state conduct is reduced but the impact of the search on the accused's *Charter*-protected interests is greater because the search could not have occurred legally.

[74] The lawful discoverability of evidence may thus be a relevant consideration when a court must determine whether to exclude evidence pursuant to s. 24(2) of the *Charter*. When relevant, courts should assess the effect of the discoverability of the evidence under the first and second *Grant* lines of inquiry in light of all of the circumstances.

(c) *Did the Court of Appeal Err in Its Treatment of Discoverability in the Section 24(2) Analysis in This Case?*

[75] The Court of Appeal found that all of the physical evidence gathered on the premises, such as the observations of the perforations in the mosquito screen and solarium window, the gunpowder residue on the solarium window and the gun registered in the name of the victim, would have been discovered without the appellant's help. Duval Hesler J.A. held that the 9-1-1 call and the gunshot projectiles lodged in the back of the victim's head would have been sufficient to obtain a valid search warrant even before the first of the warrantless peripheral searches. Relying on *Grant*, she stated that if the derivative evidence could have been discovered independently, the effect of the violation on the accused would be lessened and this would affect the second element of the s. 24(2) inquiry. She then relied, in part, on the discoverability of

la personne pouvait raisonnablement avoir dans certaines circonstances. Plus l'attente est grande, plus la mesure non autorisée empiète. Le degré de gravité de l'incidence sur les droits constitutionnels de l'accusé ne correspond pas toujours à celui de la violation, à savoir la conduite attentatoire de l'État. Par exemple, lorsque les policiers ont obtenu de bonne foi un mandat dont il est déterminé par la suite qu'il ne reposait sur aucun motif raisonnable et probable de croire qu'un crime avait été commis et que des éléments de preuve se trouvaient sur les lieux visés, la gravité de la conduite attentatoire de l'État est amoindrie, mais l'incidence de la perquisition sur les droits de l'accusé garantis par la *Charte* est accrue par le fait que cette mesure n'aurait pu intervenir s'il y avait eu respect de la loi.

[74] La possibilité de la découvrir légalement peut donc constituer une considération valable lorsque le tribunal doit décider s'il y a lieu d'écarter la preuve suivant le par. 24(2) de la *Charte*. Lorsqu'indiqué, il convient d'évaluer son incidence en fonction des deux premiers volets de la grille d'analyse de l'arrêt *Grant*, compte tenu des circonstances.

c) *La Cour d'appel a-t-elle appliqué erronément la notion de possibilité de découvrir la preuve lors de son analyse fondée sur le par. 24(2)?*

[75] La Cour d'appel conclut que l'ensemble de la preuve matérielle recueillie sur les lieux, dont la perforation de la moustiquaire du gazebo et de la fenêtre du solarium, la présence de résidus de tir sur celle-ci et l'arme enregistrée au nom de la victime, aurait été découverte sans l'aide de l'appelante. La juge Duval Hesler est d'avis que l'appel au 9-1-1 et la découverte dans la tête de la victime d'éclats d'un projectile ayant pénétré par l'arrière auraient suffi pour l'obtention d'un mandat de perquisition valide, même avant la première fouille périphérique sans mandat. S'appuyant sur *Grant*, elle déclare que dans la mesure où la preuve dérivée aurait pu être découverte de manière indépendante, l'incidence de la violation sur les droits de l'accusée était amoindrie, ce qui se répercutait sur le deuxième élément de l'analyse

the evidence to ground her conclusion that the exclusion of the evidence in this case would bring the administration of justice into disrepute.

[76] The finding of discoverability in this case rests on the Court of Appeal's conclusion that the police could have obtained a warrant to search the premises very early in the investigation based on finding Mr. Hogue at the residence with what was likely a bullet in the back of his head and the 9-1-1 call from the residence. While I agree with this conclusion, I part company with the Court of Appeal about the significance of this factor for the s. 24(2) analysis in this case.

[77] Before turning to the issue of discoverability in this case, I should briefly comment on what role, if any, the validity or invalidity of the telewarrants obtained by the police played in the trial judge's s. 24(2) analysis. In my view, whether or not those warrants were valid had little or no impact on the analysis here.

[78] The trial judge found that the warrants which the police ultimately obtained were unlawful. In his view, when the unconstitutionally obtained material was excised from the ITO, what remained was insufficient. The Court of Appeal did not address this conclusion directly, noting simply that the grounds to obtain a warrant existed much earlier, which would have permitted the police to obtain all of the observations and physical evidence legally. In this Court, the Crown argued that the trial judge's ruling about the validity of the warrants was in error. However, even if the warrants were valid, this could have little if any effect on the trial judge's decision to exclude the physical evidence. The trial judge relied on the fact that the totality of the search process was tainted by the unconstitutional searches that preceded the issuance of the warrants.

[79] This finding is consistent with well-established case law. *Grant 1993* provides a good

que commande le par. 24(2). Elle invoque ensuite en partie la possibilité de découvrir la preuve pour justifier sa conclusion selon laquelle écarter la preuve dans la présente affaire était susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

[76] La conclusion voulant qu'il ait été possible de découvrir la preuve en l'espèce repose sur l'avis de la Cour d'appel selon lequel les policiers auraient pu obtenir un mandat au tout début de l'enquête en invoquant la découverte de M. Hogue à sa résidence, apparemment atteint d'une balle à la tête, et l'appel passé au 9-1-1 de chez lui. Bien que je souscrive à cette conclusion, je suis en désaccord avec l'importance que la Cour d'appel lui attribue pour les besoins de l'analyse fondée sur le par. 24(2).

[77] Avant de passer à la question de la possibilité de découvrir la preuve en l'espèce, je me penche brièvement sur le rôle qu'a joué, le cas échéant, la validité ou l'invalidité des télémandats décernés aux policiers dans l'analyse à laquelle se livre le juge du procès sur le fondement du par. 24(2). À mon sens, que ces mandats aient été valides ou non importe peu, ou n'importe pas, aux fins de cette analyse.

[78] Le juge du procès conclut que les mandats finalement obtenus par les policiers étaient illégaux. À son avis, une fois retranchés de la dénonciation les renseignements obtenus de façon inconstitutionnelle, les éléments restants étaient insuffisants. La Cour d'appel ne fait pas directement état de cette conclusion, mais signale seulement que les motifs permettant d'obtenir un mandat existaient bien avant, de sorte que les policiers auraient pu faire leurs constatations et recueillir la preuve matérielle en toute légalité. Le ministère public soutient devant notre Cour que la décision du juge du procès quant à la validité des mandats est erronée. Or, même si les mandats étaient valides, cela n'aurait guère d'effet, voire aucun, sur la décision d'écarter la preuve matérielle. Comme le dit le juge du procès, le processus de perquisition en entier est vicié par les mesures inconstitutionnelles qui ont précédé la délivrance des mandats.

[79] Cette conclusion s'inscrit dans une jurisprudence constante. L'affaire *Grant 1993* illustre bien

example of how illegal warrantless searches can taint a subsequent search that is otherwise lawful. In that case, the information obtained through the warrantless perimeter search was used to support the police's application for search warrants. This Court held that once the illegally obtained information was excised from the affidavits presented to the issuing justice, the information that remained was sufficient to issue the warrants. While this Court held that the warrants were valid, it found that the illegal searches "were nevertheless an integral component in a series of investigative tactics which led to the unearthing of the evidence in question". It was thus "unrealistic to view the perimeter searches as severable from the total investigatory process which culminated in discovery of the impugned evidence" (p. 255). Similarly, in the case at bar, given the trial judge's findings of fact that the police misconduct was continual and systematic from the outset of the investigation, the question of exclusion must not be approached in a compartmentalized fashion.

[80] I now turn to the impact of discoverability on the exclusion of evidence in this case.

[81] With respect to the first branch of the analysis, it is clear that the trial judge considered the officers' misconduct to be very serious. Like in *Grant 1993*, the collection of the evidence in this case was simply an extension of the earlier warrantless searches conducted by Constables Tremblay, Mathieu and Fortier; there was clearly a connection between the earlier breaches and the evidence obtained pursuant to the warrants. Moreover, by the time the warrants were obtained in this case, there had been multiple, serious and deliberate breaches of the appellant's rights. As mentioned earlier, the trial judge found it shocking that the police had not sought a search warrant earlier that evening or obtained the appellant's free and informed consent to enter her home. He was also troubled by the fact that the police had constantly minimized, to the appellant, her true legal

comment une perquisition illégale sans mandat peut vicier une perquisition subséquente par ailleurs légale. Dans cette affaire, les renseignements recueillis au cours de la perquisition périphérique sans mandat avaient servi de fondement à la demande de mandats de perquisition présentée par les policiers. La Cour conclut qu'une fois les renseignements obtenus illégalement retranchés des affidavits présentés au juge, les données restantes justifiaient la délivrance des mandats. La Cour statue que les mandats sont valides, mais elle affirme que les perquisitions illégales « font néanmoins partie intégrante d'une série de tactiques d'enquête qui ont abouti à la découverte des éléments de preuve en question ». Il n'est donc « pas réaliste de considérer que les perquisitions périphériques sont dissociables de tout le processus d'enquête qui a abouti à la découverte des éléments de preuve contestés » (p. 255). De même, en l'espèce, étant donné la conclusion de fait du juge du procès selon laquelle la conduite répréhensible des policiers a été constante et systématique dès l'ouverture de l'enquête, la question de l'opportunité d'écarter la preuve ne doit pas être abordée de manière compartimentée.

[80] Je passe maintenant à l'incidence de la possibilité de découvrir la preuve sur l'opportunité d'écarter celle-ci en l'espèce.

[81] En ce qui concerne le premier volet de l'analyse, il est clair que pour le juge du procès, les actes reprochés aux policiers étaient très graves. Comme dans l'affaire *Grant 1993*, la collecte des éléments de preuve en l'espèce était le simple prolongement des fouilles antérieures effectuées sans mandat par les agents Tremblay, Mathieu et Fortier; il existait nettement un lien entre les violations antérieures et la preuve obtenue grâce aux mandats. De plus, avant que les mandats ne soient décernés, les droits de l'appelante avaient fait l'objet d'atteintes multiples, graves et délibérées. Comme il est mentionné précédemment, le juge du procès trouve étonnant que les policiers n'aient pas demandé un mandat de perquisition plus tôt dans la soirée ni tenté d'obtenir le consentement libre et éclairé de l'appelante à leur entrée dans le domicile. Il juge aussi inconcevable que les policiers aient constamment

situation and found this disregard for her *Charter* rights to be part of a systematic attitude evident throughout their dealings with Ms. Côté. He also found that obtaining the evidence pursuant to the warranted searches was part of a larger pattern of disregard for Ms. Côté's *Charter*-protected rights. Given that this evidence was tainted by the earlier *Charter* breaches that involved serious police misconduct, it is obvious that nothing turned on the trial judge's conclusion with respect to the validity of the warrants.

[82] The fact that the police could have demonstrated to a judicial officer that they had reasonable and probable grounds to believe that an offence had been committed and that there was evidence to be found at the place of the search but did not do so, in the circumstances of this case, significantly aggravated the seriousness of their misconduct. The trial judge found that no police officer seemed preoccupied with the absence of a search warrant (a warrant was not even prepared until over five hours after the initial police intervention) or the inherent limits recognized by courts for proceeding without a warrant. The trial judge was particularly troubled by the fact that the search occurred during the night, at a very late hour, and in a dwelling house, typically a place where individuals have the greatest expectation of privacy.

[83] The police misconduct in obtaining the warrants further aggravated the seriousness of the *Charter*-infringing state conduct. The trial judge concluded that the warrants were actually sought as an ill-conceived scheme to attempt to remedy the unconstitutionality of the prior searches and that the police had misled the issuing judicial officer by failing to make full and frank disclosure of their earlier, unconstitutional conduct.

[84] The fact that the police could have demonstrated to a judicial officer that they had reasonable and probable grounds to believe that an offence had been committed and that there was evidence to be

minimisé la situation juridique de l'appelante et il conclut que ce mépris des droits garantis à l'intéressée par la *Charte* a été constant et systématique tout au long de leurs échanges avec M^{me} Côté. Il estime par ailleurs que l'obtention d'éléments de preuve lors des perquisitions effectuées avec mandat résulte d'un mépris systématique des droits constitutionnels de M^{me} Côté. Comme cette preuve était viciée par les violations antérieures de la *Charte* auxquelles avaient donné lieu les actes répréhensibles graves des policiers, l'issue de l'affaire ne dépendait manifestement pas de l'opinion du juge du procès sur la validité des mandats.

[82] Le fait que les policiers auraient pu convaincre un officier de justice qu'ils avaient des motifs raisonnables et probables de croire qu'une infraction avait été commise et que des éléments de preuve se trouvaient sur les lieux visés par la perquisition, mais qu'ils n'ont pas tenté de le faire, accroît sensiblement, dans les circonstances de l'espèce, la gravité de leurs actes. Le juge du procès conclut qu'aucun des policiers n'a paru s'inquiéter de l'absence d'un mandat de perquisition (aucune demande n'ayant encore été présentée plus de cinq heures après l'intervention policière initiale) ou se soucier des limites inhérentes au pouvoir d'agir sans mandat reconnu par la jurisprudence. Le juge du procès est particulièrement déconcerté par le fait que la perquisition s'est déroulée très tard dans la nuit, dans une maison d'habitation, l'endroit où l'attente en matière de vie privée est habituellement la plus grande.

[83] La conduite répréhensible des policiers dans l'obtention des mandats n'a fait qu'aggraver la conduite attentatoire de l'État. Selon le juge du procès, les mandats ont été demandés dans le cadre d'une tentative maladroite de remédier à l'inconstitutionnalité des fouilles antérieures et les policiers ont induit l'officier de justice en erreur en omettant de faire état de manière complète et sincère de leurs actes inconstitutionnels antérieurs.

[84] Le fait que les policiers auraient pu convaincre un officier de justice qu'ils avaient des motifs raisonnables et probables de croire qu'une infraction avait été commise et que des éléments de

found at the place of the search is also relevant to the impact of the breach on the *Charter*-protected interests of the accused. If a search warrant could have been validly issued at the time the search was conducted (putting aside issues about whether the search was conducted reasonably), the intrusiveness of the illegal search arises from the fact that it was not authorized in advance by a judicial officer. This, on its own, tends to reduce the impact of this breach on the appellant's *Charter*-protected reasonable expectation of privacy. However, the absence of prior judicial authorization still constitutes a significant infringement of privacy. Indeed, it must not be forgotten that the purpose of the *Charter*'s protection against unreasonable searches is to prevent them before they occur, not to sort them out from reasonable intrusions on an *ex post facto* analysis: *R. v. Feeney*, [1997] 2 S.C.R. 13, at para. 45. Thus, prior authorization is directly related to, and forms part of, an individual's reasonable expectation of privacy.

[85] Having regard to all of the circumstances, the impact of the police misconduct on the appellant's right to privacy was serious: the unauthorized search occurred in her home, a place where citizens have a very high expectation of privacy, and the search was not brief (*Grant*, at para. 113). The officers arrived at the appellant's home at 12:13 a.m. and the appellant only departed for the police station at 2:34 a.m. The appellant, dressed in her pyjamas, accompanied the police as they illegally searched the interior and exterior of her house in the middle of the night for not an insignificant amount of time during which she was detained without interruption. The breach was thus not "transient or trivial in its impact" and implicated her liberty, her dignity as well as her privacy interests (*Harrison*, at para. 28; *Grant*, at para. 113). The appellant certainly had a reasonable expectation of not being subjected to such an intrusive search, without lawful authorization in the middle of the night, and several hours after her spouse had been transported to the hospital. Thus, the absence of prior authorization for a search of

preuve se trouvaient dans les lieux visés par la perquisition joue également sur l'incidence de la violation des droits constitutionnels de l'accusée. Dans la mesure où un mandat aurait pu avoir été valablement décerné au moment de la perquisition (abstraction faite de la question de savoir si elle a été effectuée convenablement), l'atteinte de la mesure illégale au droit à la vie privée tient au fait qu'il n'y a pas eu d'autorisation préalable par un officier de justice. Ce seul élément tend à réduire l'incidence de l'empiètement sur l'attente raisonnable de l'appelante en matière de vie privée que protège la *Charte*. Cependant, l'absence d'une autorisation judiciaire préalable constitue tout de même une atteinte grave à la vie privée. Il faut en effet se garder d'oublier que l'objet de la garantie constitutionnelle contre les fouilles et les perquisitions abusives est de faire obstacle à ces dernières, et non de les distinguer d'atteintes non abusives dans le cadre d'une analyse *ex post facto* : *R. c. Feeney*, [1997] 2 R.C.S. 13, par. 45. L'autorisation préalable est donc directement liée à l'attente raisonnable d'une personne en matière de vie privée et elle en fait partie intégrante.

[85] Compte tenu de l'ensemble des circonstances, l'incidence de la conduite répréhensible des policiers sur le droit de l'appelante à la vie privée demeure grave : la perquisition non autorisée a eu lieu dans sa maison, un endroit où l'attente du citoyen en matière de vie privée est très grande, et elle n'a pas été de courte durée (*Grant*, par. 113). Les agents sont arrivés chez l'appelante à 0 h 13 et celle-ci n'a quitté pour le poste de police qu'à 2 h 34. Vêtue d'un pyjama, l'appelante a suivi les policiers lorsqu'ils ont fouillé illégalement l'intérieur et l'extérieur de sa maison au milieu de la nuit, et ce, pendant une période assez longue où elle a été détenue sans interruption. La violation n'a donc pas été « passagère ou anodine » et elle a touché les droits de l'appelante à la liberté, à la dignité et à la vie privée (*Harrison*, par. 28; *Grant*, par. 113). L'appelante pouvait certainement s'attendre à bon droit à ne pas faire l'objet d'un tel empiètement sur ses droits, à savoir une fouille sans autorisation valable effectuée au milieu de la nuit, plusieurs heures après le transport de son conjoint à l'hôpital. Partant, l'absence d'autorisation préalable

this nature was a serious affront to her reasonable expectation of privacy.

[86] In my respectful view, the Court of Appeal was wrong to conclude that the trial judge erred in his appreciation of the seriousness of the impact on the *Charter*-protected interests of the accused. Even though the searches could have been conducted lawfully, this fact would not have changed the conclusion that the second branch of the *Grant* analysis militated in favour of exclusion, in light of the numerous other factors highlighting the serious impact on the appellant's privacy and dignity interests.

[87] In the result, the Court of Appeal erred in attaching great weight to the fact that the evidence was discoverable because it could have been obtained lawfully. In my view, the trial judge's assessment was not tainted by any error of law that is relevant to his ultimate conclusion or by any unreasonable finding of fact. There was therefore no basis to interfere on appeal with the trial judge's weighing of the various factors.

[88] The trial judge analysed the admissibility of Ms. Côté's statements and the material evidence separately. With respect to both, he found that the violations of the appellant's rights were systematic and deliberate and that the police were less than candid even under oath in court in order to minimize the extent of their misconduct. While the misleading character of in-court police testimony does not form part of the *Charter* breach itself, it is a relevant factor under the first branch of the s. 24(2) analysis as a court must dissociate itself from such behaviour: *Harrison*, at para. 26. The trial judge was fully aware that proper investigative methods could have produced the same evidence, that the evidence was reliable and that the alleged offence was extremely serious. He also weighed the important societal interest in having the appellant's guilt or innocence determined on the merits. He emphasized that the violations of the appellant's rights were the result of "a larger pattern of disregard for the appellant's *Charter* rights" (para. 346, citing *R. v. Greffe*, [1990] 1 S.C.R. 755, at p. 796) and this

d'une fouille de cette nature bafouait gravement son attente raisonnable en matière de vie privée.

[86] À mon humble avis, la Cour d'appel a tort de conclure que le juge du procès a mal apprécié la gravité de l'incidence de la violation sur les droits de l'accusée protégés par la *Charte*. Même si les perquisitions auraient pu être effectuées légalement, le deuxième volet de la grille d'analyse de l'arrêt *Grant* continue de militer en faveur de l'exclusion, vu les nombreux autres éléments qui font ressortir la grande incidence de l'atteinte sur les droits à la vie privée et à la dignité de l'appelante.

[87] Par conséquent, la Cour d'appel a tort d'accorder beaucoup d'importance au fait que la preuve pouvait être découverte puisqu'elle aurait pu être obtenue légalement. J'estime que l'appréciation du juge du procès n'est pas entachée d'une erreur de droit qui joue dans sa conclusion finale ni viciée par une conclusion de fait déraisonnable. La Cour d'appel n'avait donc aucune raison de revenir sur les différentes considérations examinées en première instance.

[88] Le juge du procès soumet à des examens distincts l'admissibilité des déclarations de M^{me} Côté et celle de la preuve matérielle. Il conclut dans les deux cas que les violations des droits de l'appelante ont été systématiques et délibérées et que même dans leurs témoignages sous serment au procès, les policiers ont manqué de franchise dans le but de minimiser la gravité de leurs actes. Le caractère trompeur du témoignage des policiers ne fait pas partie intégrante de la violation comme telle des droits garantis par la *Charte*, mais il convient d'en tenir compte dans le cadre du premier volet de l'analyse fondée sur le par. 24(2) étant donné la nécessité que le tribunal se dissocie du comportement en cause (*Harrison*, par. 26). Le juge du procès est parfaitement conscient du fait que de bonnes méthodes d'enquête auraient pu permettre de découvrir la preuve, que celle-ci est fiable et que l'infraction alléguée est extrêmement grave. Il met aussi en balance l'intérêt qu'a la société à ce que la culpabilité ou l'innocence de l'appelante soit établie à l'issue d'un procès au fond. Il signale

sort of disregard by the police for a suspect's rights was carried through to their misleading evidence to obtain the warrants and by their conduct as witnesses before the court.

IV. Conclusion

[89] To sum up, the trial judge's decision to exclude the observations made by police at the appellant's home and the physical evidence collected pursuant to the warrants was owed deference. With respect, the Court of Appeal misconceived of its appellate role when it substituted its view of the police conduct for the trial judge's and when it placed undue emphasis on the seriousness of the offence. The Court of Appeal's holding that the police had not deliberately acted in an abusive manner was contrary to the trial judge's numerous findings of deliberate and systematic police misconduct. Its emphasis on the seriousness of the offence was also misplaced given that the trial judge had acknowledged that the offence was serious and that the seriousness of the offence had been held not to be a determinative factor. The Court of Appeal also erred in placing undue weight on the "discoverability" of the evidence in its s. 24(2) analysis. While I agree with the Court of Appeal that the police could have demonstrated to a judicial officer that they had reasonable and probable grounds to believe that an offence had been committed and that there was evidence to be found at the place of the search, this fact would not have affected the s. 24(2) analysis in all of the circumstances of this case. Both the police misconduct and its impact on the accused's *Charter*-protected interests were very serious, even taking discoverability into account. The trial judge was obviously and justly concerned about the continuous, deliberate and flagrant breaches of the appellant's *Charter* rights and this consideration played an important role in his balancing of the factors under s. 24(2). He also properly took into account the strong societal interest in having a serious criminal charge determined on its merits. His conclusion was not tainted by any error of law

que les violations des droits de l'appelante sont le résultat d'« un mépris systématique des droits que la *Charte* [. . .] garantissait [à celle-ci] » (par. 346, citant *R. c. Greffe*, [1990] 1 R.C.S. 755, p. 796) et que ce mépris des droits du suspect s'est poursuivi lorsque les policiers ont présenté des éléments trompeurs pour obtenir les mandats puis lorsqu'ils ont témoigné devant le tribunal.

IV. Conclusion

[89] En résumé, il convient de déférer à la décision du juge du procès d'écartier les constatations faites par les policiers chez l'appelante et la preuve matérielle qu'ils y ont recueillie après avoir obtenu les mandats. Soit dit en tout respect, la Cour d'appel se méprend sur son rôle de tribunal d'appel lorsqu'elle substitue son opinion sur la conduite policière à celle du juge du procès et qu'elle accorde une importance excessive à la gravité de l'infraction. Sa conclusion selon laquelle les policiers n'ont pas délibérément agi de manière abusive est contraire aux nombreux actes délibérément et systématiquement répréhensibles des policiers que relève le juge du procès. Elle a également tort d'accorder autant d'importance à la gravité de l'infraction, car le juge du procès reconnaît cette gravité et il est établi qu'il ne s'agit pas d'un facteur déterminant. La Cour d'appel accorde aussi à tort une trop grande importance à la « possibilité de découvrir » la preuve dans son analyse fondée sur le par. 24(2). Je conviens avec elle que les policiers auraient pu convaincre un officier de justice qu'ils avaient des motifs raisonnables et probables de croire qu'une infraction avait été commise et que des éléments de preuve se trouvaient sur les lieux visés par la perquisition, mais ce fait n'aurait pas influé sur l'analyse que commande le par. 24(2) compte tenu des circonstances de la présente affaire. La conduite répréhensible des policiers et son incidence sur les droits de l'accusée garantis par la *Charte* sont très graves, et ce, malgré la possibilité de découvrir la preuve. Le juge du procès déplore manifestement et à juste titre les violations continues, délibérées et flagrantes des droits constitutionnels de l'appelante, une considération qui joue un rôle important dans sa mise en balance des considérations dont l'examen s'impose pour

relevant to the ultimate conclusion and, accordingly, it should not have been set aside on appeal.

V. Disposition

[90] I would allow the appeal and restore the acquittal entered at trial.

English version of the reasons delivered by

[91] DESCHAMPS J. (dissenting) — I have read Cromwell J.'s reasons. He would restore the Superior Court's judgment (2008 QCCS 3749 (CanLII)), which in his view contains no error that would justify the Court of Appeal's decision to intervene. On the basis of the test from *R. v. Grant*, 2009 SCC 32, [2009] 2 S.C.R. 353, I agree with the Court of Appeal (2010 QCCA 303 (CanLII)) that the evidence obtained without the appellant's participation — which I will call "the physical evidence" — should not have been excluded. I would therefore dismiss the appeal.

[92] There is only one point on which my colleague Cromwell J. expressly agrees with the Court of Appeal: the police could have obtained a search warrant very early in their investigation. However, he attaches no significance to this fact because, in his view, the trial judge's conclusions on the exclusion of the evidence were not based on the invalidity of the warrants. With respect, I believe that there are two separate issues here: first, the consequences of the trial judge's failure to consider the possibility that a warrant could have been issued at the very beginning of the investigation; and, second, the consequences of the invalidity of the warrants issued later in the investigation. At no point in his analysis did the trial judge consider whether the physical evidence could have been discovered if a warrant had been obtained very early in the investigation. In my opinion, it is this finding by the Court of Appeal that is relevant.

l'application du par. 24(2). Il tient aussi dûment compte de l'intérêt important qu'a la société à ce qu'une personne accusée d'un crime grave fasse l'objet d'un procès au fond. Sa conclusion n'est pas entachée d'une erreur de droit jouant sur la conclusion finale, de sorte que celle-ci n'aurait pas dû être annulée en appel.

V. Dispositif

[90] Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de rétablir l'acquiescement prononcé au procès.

Les motifs suivants ont été rendus par

[91] LA JUGE DESCHAMPS (dissidente) — J'ai pris connaissance de l'opinion du juge Cromwell. Il est d'avis de rétablir le jugement de la Cour supérieure (2008 QCCS 3749 (CanLII)), lequel ne contient selon lui aucune erreur qui justifiait l'intervention de la Cour d'appel. Pour ma part, appliquant la grille d'analyse proposée dans l'arrêt *R. c. Grant*, 2009 CSC 32, [2009] 2 R.C.S. 353, je conclus comme la Cour d'appel (2010 QCCA 303, 74 C.R. (6th) 130) que les éléments de preuve obtenus sans la participation de l'appelante — et que j'appellerai « la preuve matérielle » — n'auraient pas dû être exclus. Je rejeterais donc l'appel.

[92] Mon collègue le juge Cromwell n'exprime explicitement son accord avec la Cour d'appel que sur un point : les policiers auraient pu, très tôt dans leur enquête, obtenir la délivrance d'un mandat de perquisition. Il n'accorde cependant pas d'importance à ce fait, estimant que les conclusions du juge du procès concernant l'exclusion de la preuve ne sont pas fondées sur l'invalidité des mandats. Avec égards pour l'opinion de mon collègue, je crois qu'il s'agit là de deux questions distinctes : d'une part, les conséquences de l'omission, en première instance, de considérer la possibilité qu'un mandat aurait pu être délivré au tout début de l'enquête; d'autre part, les conséquences de l'invalidité des mandats délivrés ultérieurement. Or, à aucune étape de son analyse, le juge de première instance ne s'interroge sur le fait que la preuve matérielle aurait pu être découverte si un mandat avait été obtenu très tôt dans l'enquête. C'est cette constatation de la Cour d'appel qui, à mon avis, est pertinente.

[93] The trial judge rendered judgment before the decision in *Grant*, in which this Court revised the test from *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265, and *R. v. Stillman*, [1997] 1 S.C.R. 607. Although this fact would not, considered in isolation, justify reviewing a decision to exclude evidence, it is nonetheless appropriate to ask whether the judge considered all the factors on which such a decision must be based. In the case at bar, it is clear that he failed to do so.

I. Relevant Facts With Respect to the Issuance of a Warrant Very Early in the Investigation

[94] At 11:38 p.m. on July 22, 2006, Constable Jean-François Fortier received a telephone call from Sergeant François Monetta, who told him that a man with injuries to the back of his head had been taken to hospital by ambulance and that an X-ray had revealed that there was a bullet in the man's head. Sergeant Monetta gave Constable Fortier the injured man's name and the address of the residence from which he had been taken by ambulance after his spouse had found him injured there.

[95] On receiving that information, Constable Fortier, as the head of the team of four police officers on duty that night for the area in which the residence in question was located, asked Constables Tremblay and Mathieu to go to the scene to investigate.

[96] The officers arrived there at 12:13 a.m. They began by observing the house. It was not lit and there were no signs of activity. They parked at a certain distance from the house and walked up to it. They rang the doorbell and a woman opened the door. It was Ms. Côté. The officers explained that they were from the Sûreté du Québec and that they were there to find out what had happened that evening and to make sure that the premises were safe.

[97] After inspecting the interior of the residence and determining that no one other than Ms. Côté was there, Constable Tremblay went outside. He

[93] Le juge de première instance s'est prononcé avant l'arrêt *Grant*, où notre Cour a revu la grille d'analyse établie dans les arrêts *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265, et *R. c. Stillman*, [1997] 1 R.C.S. 607. Bien qu'il ne s'agisse pas là d'une raison qui, prise isolément, justifie la révision d'une décision d'exclure un élément de preuve, il convient tout de même de se demander si le juge a considéré l'ensemble des éléments qui doivent fonder une telle décision. Cette vérification révèle en l'espèce un hiatus certain.

I. Faits pertinents à l'égard de la délivrance d'un mandat très tôt dans l'enquête

[94] Le 22 juillet 2006, à 23 h 38, l'agent Jean-François Fortier reçoit un appel téléphonique du sergent François Monetta l'informant qu'un homme ayant subi des blessures à l'arrière de la tête a été transporté à l'hôpital en ambulance. Un examen radiologique a révélé la présence d'un projectile à l'intérieur du crâne de cet homme. Le sergent Monetta indique à l'agent Fortier le nom du blessé, ainsi que l'adresse de la résidence d'où il a été transporté en ambulance, après que sa conjointe l'a retrouvé blessé à cet endroit.

[95] À la suite de ces informations, en tant que chef de l'équipe de quatre policiers en service ce soir-là pour le territoire où se trouve la résidence en question, l'agent Fortier demande aux agents Tremblay et Mathieu de se rendre sur les lieux afin d'enquêter.

[96] À 0 h 13, les agents arrivent sur les lieux. Ils observent d'abord la maison. Celle-ci n'est pas éclairée et ne laisse voir aucun signe d'activité. Ils stationnent leur véhicule à une certaine distance de la maison et se rendent à la porte. Ils sonnent. Une femme leur ouvre. Il s'agit de M^{me} Côté. Les policiers se présentent comme agents de la Sûreté du Québec et lui expliquent qu'ils veulent savoir ce qui s'est produit dans la soirée et vérifier la sécurité des lieux.

[97] Après avoir inspecté l'intérieur de la résidence et n'y avoir trouvé personne d'autre que M^{me} Côté, l'agent Tremblay se rend à l'extérieur. Il entre

entered the gazebo, where he saw blood, or what looked like blood. Constable Mathieu and Ms. Côté joined him there. Constable Mathieu then went back inside the residence, where he noticed a hole in the glass of one of the solarium's windows. Constable Tremblay then went to the patrol car and relayed these observations to Constable Fortier. It was 12:27 a.m.

[98] I do not question the trial judge's decision to reject the prosecution's argument that the officers' purpose in searching the house was to make sure the occupants were safe. My review of the facts is based strictly on the trial judge's findings of fact and is intended to highlight the information the officers had before they arrived at Ms. Côté's residence and when they discovered the key pieces of physical evidence.

[99] It seems to me that the Court of Appeal's conclusion that a warrant could have been issued very early in the investigation is inescapable. The police were informed that a person had sustained a serious injury to the back of the head and that the injury had probably been caused by a firearm. It could not have resulted from illness, nor could it have been self-inflicted given the bullet's point of entry into the skull. In addition, the police knew the address of the residence from which the injured person had been taken by ambulance. In light of these facts, they had to discharge their duty to investigate and gather evidence related to the incident. It was therefore possible for the police to have reasonable and probable grounds to believe that evidence of an offence could be found at the place from which the victim had been taken by ambulance. Furthermore, the nature of the injury and the fact that the victim had been found on the ground could have given them reasonable and probable grounds to believe that the warrant had to be executed by night, since residue, prints and fresh tracks could have been eliminated or altered if the start of the investigation had been delayed (s. 488 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46). The Court of Appeal analysed the situation as follows (at para. 44):

dans le gazebo et y voit du sang — ou ce qui semble être du sang. L'agent Mathieu le rejoint, accompagné de M^{me} Côté. L'agent Mathieu retourne ensuite à l'intérieur de la résidence et y constate la présence d'un trou dans les vitres de l'une des fenêtres du solarium. L'agent Tremblay se rend au véhicule de patrouille et communique ces observations à l'agent Fortier. Il est alors 0 h 27.

[98] Je ne remets pas en question la décision du juge de première instance de rejeter l'argument de la poursuite selon lequel les policiers auraient procédé à la visite de la maison afin d'assurer la sécurité de ses occupants. Mon récit des faits repose strictement sur les constatations de faits du juge de première instance et vise à souligner les informations dont les policiers disposaient avant d'arriver à la résidence de M^{me} Côté et au moment où ils ont découvert les principaux éléments de la preuve matérielle.

[99] La conclusion de la Cour d'appel selon laquelle un mandat aurait pu être délivré très tôt dans l'enquête me paraît irrésistible. En effet, les policiers ont été informés du fait qu'une personne avait subi une blessure grave à l'arrière de la tête et que cette blessure avait vraisemblablement été causée par une arme à feu. Il ne pouvait s'agir d'une blessure résultant d'une maladie, ni d'une blessure que la victime se serait elle-même infligée, vu l'endroit où le projectile avait pénétré le crâne. En outre, les policiers connaissaient l'adresse de la résidence d'où le blessé avait été transporté. Compte tenu de ces faits, il était du devoir des policiers de faire enquête et de recueillir des éléments de preuve reliés à l'évènement. Dès lors, les policiers pouvaient avoir des motifs raisonnables et probables de croire que des preuves d'une infraction puissent être trouvées sur les lieux d'où la victime avait été transportée. La nature de la blessure et le fait que la victime avait été retrouvée au sol pouvaient également faire naître des motifs raisonnables et probables de croire que le mandat devait être exécuté de nuit. En effet, des résidus, empreintes et traces fraîches risquaient d'être éliminés ou altérés si l'enquête ne débutait pas le plus rapidement possible (art. 488, *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46). La Cour d'appel a analysé ainsi la situation (par. 44) :

[TRANSLATION] In a case such as this one, all the [physical] evidence gathered on the premises — including the holes in the gazebo window screen, the hole in the solarium window, the gunshot residue on the inside of the solarium window, the firearm registered in the victim's name and found in his home — would have been discovered without any contribution from the accused. To obtain a valid warrant to search the premises where the incident occurred, it would have been sufficient to refer to the 9-1-1 call and the bullet fragments that penetrated the victim's head from the back, eliminating the possibility of suicide and militating in favour of a serious indictable offence. It is difficult to imagine that a justice of the peace would have refused to issue a warrant in light of such assertions, if only for the purpose of obtaining an appropriate expert assessment of the scene and to perform checks that were obviously relevant, regardless of any suspicion against the accused. Consequently, in this case, the flaws detected by the trial judge in the affidavit used to obtain the general search . . . warrant are not decisive factors.

[100] To determine how to deal with the physical evidence, the Court of Appeal could not simply rely on the trial judge's overall assessment. It had no choice but to conduct the review the trial judge had failed to conduct. In my opinion, the Court of Appeal was right to conclude that the physical evidence should not have been excluded, although the way I apply *Grant* differs somewhat from the way the Court of Appeal applied it.

II. Application of the *Grant* Test

[101] In *Grant*, the Court established a three-stage test for determining whether evidence is admissible under s. 24(2) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. At the first stage, a court must consider the seriousness of the *Charter*-infringing state conduct and “assess whether the admission of the evidence would bring the administration of justice into disrepute by sending a message to the public that the courts, as institutions responsible for the administration of justice, effectively condone state deviation from the rule of law by failing to dissociate themselves from the fruits of that unlawful conduct” (para. 72).

[102] At the second stage, the inquiry “focusses on the seriousness of the impact of the *Charter*

Dans un cas comme le présent, tous les éléments de preuve matérielle recueillis sur les lieux, comme la perforation du moustiquaire du gazebo, la perforation de la fenêtre du solarium, porteuse de traces de détonation du côté intérieur, l'arme à feu enregistrée au nom de la victime et retrouvée dans sa demeure, auraient été découverts sans aucun apport de l'accusée. Il aurait été suffisant, pour obtenir un mandat valide de perquisition des lieux de l'incident, de mentionner l'appel 9-1-1 et la constatation d'éclats de projectile dans la tête de la victime, pénétrant par l'arrière, ce qui élimine un suicide et milite donc en faveur d'un acte criminel grave. Il est difficile d'imaginer que le juge de paix aurait refusé d'émettre un mandat à la lumière de ces seules allégations, dans le simple but de procéder à une expertise convenable de la scène de crime et de faire des vérifications dont la pertinence était manifeste, indépendamment de tout soupçon envers l'accusée. Par conséquent, les failles relevées par le juge de première instance dans la déclaration sous serment utilisée pour obtenir le mandat général de fouille et de perquisition dans le cas présent ne sont pas ici déterminantes.

[100] Pour décider du sort de la preuve matérielle, la Cour d'appel ne pouvait se contenter de l'analyse globale à laquelle s'était livré le juge de première instance. Elle n'avait d'autre choix que de procéder à l'examen que le juge avait omis de faire. À mon avis, c'est avec raison que la Cour d'appel a conclu que la preuve matérielle n'aurait pas dû être exclue, mais l'application que je fais de l'arrêt *Grant* diffère cependant quelque peu de la sienne.

II. Application des critères de l'arrêt *Grant*

[101] Dans *Grant*, la Cour a établi une grille d'analyse en trois étapes pour décider de l'admissibilité d'un élément de preuve sous le régime du par. 24(2) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. À la première étape, le tribunal s'attache à la gravité de la conduite attentatoire de l'État et « doit évaluer si l'utilisation d'éléments de preuve déconsidérerait l'administration de la justice en donnant à penser que les tribunaux, en tant qu'institution devant répondre de l'administration de la justice, tolèrent en fait les entorses de l'État au principe de la primauté du droit en ne se dissociant pas du fruit de ces conduites illégales » (par. 72).

[102] À la deuxième étape, l'examen « met l'accent sur l'importance de l'effet qu'a la violation de

breach on the *Charter*-protected interests of the accused. It calls for an evaluation of the extent to which the breach actually undermined the interests protected by the right infringed” (para. 76). It is important to determine the extent of the violation’s impact on the interests protected by the infringed right.

[103] At the third stage, having regard to the fact that “[s]ociety generally expects that a criminal allegation will be adjudicated on its merits”, the court must “[ask] whether the truth-seeking function of the criminal trial process would be better served by admission of the evidence, or by its exclusion” (para. 79). The reliability of the evidence and its importance to the prosecution’s case are factors to be considered, and all relevant circumstances must be taken into account.

[104] In determining whether the maintenance of confidence in the administration of justice would be better served by admitting the physical evidence or by excluding it, the court must balance the implications that are identified at the different stages.

[105] At the first stage of the analysis, I accept the trial judge’s conclusion that the police officers’ conduct revealed a serious disregard for Ms. Côté’s constitutional rights. The judge noted that the officers did not concern themselves with obtaining either a warrant or Ms. Côté’s informed consent before conducting their initial search. The judge seems to have believed that Ms. Côté’s rights would not have been violated had experienced officers been assigned to the investigation. In some cases, the fact that an agent of the state is inexperienced may be a sign that rights have not been intentionally violated, which means that the infringement resulting from the officers’ conduct would be less serious. In the instant case, however, the officers’ inexperience cannot serve as an excuse, since, according to the judge, they should have known the applicable rules. Also relevant is the judge’s observation that the officers’ conduct was aggravated by their attempt to conceal the constitutional violations of Ms. Côté’s rights by raising arguments he held to be unfounded. The police conduct in this

la *Charte* sur les droits qui y sont garantis à l’accusé, et il impose d’évaluer la portée réelle de l’atteinte aux intérêts protégés par le droit en cause » (par. 76). Il importe de déterminer l’ampleur des conséquences de la violation sur les intérêts protégés par le droit transgressé.

[103] À la troisième étape, tenant compte du fait que la « société s’attend généralement à ce que les accusations criminelles soient jugées au fond », le tribunal doit « déterminer si la fonction de recherche de la vérité que remplit le procès criminel est mieux servie par l’utilisation ou par l’exclusion d’éléments de preuve » (par. 79). La fiabilité des éléments de preuve ainsi que leur importance pour la poursuite sont des aspects qui doivent être considérés, en tenant compte de toutes les circonstances pertinentes.

[104] Pour décider si la confiance dans l’administration de la justice sera mieux préservée par l’admission ou l’exclusion de la preuve matérielle, le tribunal doit mettre en balance les implications qui ressortent de chaque étape.

[105] À la première étape de l’analyse, j’accepte la conclusion du juge de première instance que la conduite des policiers révèle un irrespect grave des droits constitutionnels de M^{me} Côté. Le juge note le fait que les policiers ne se sont pas souciés d’obtenir un mandat ou le consentement éclairé de M^{me} Côté avant de procéder à leur perquisition initiale. Le juge semble avoir considéré que, si l’enquête avait été confiée à des policiers expérimentés, les violations des droits ne se seraient pas produites. Dans certains cas, il peut arriver que l’inexpérience d’un agent de l’État indique que les droits n’ont pas été violés délibérément, ce qui signale une conduite moins attentatoire de la part des policiers. Dans ce cas-ci, cependant, l’inexpérience des policiers ne saurait être excusée, car, selon le juge, ceux-ci auraient dû connaître les règles applicables. Ensuite, est également pertinente l’observation du juge selon laquelle la conduite policière est aggravée par leur tentative de masquer les violations constitutionnelles des droits de M^{me} Côté en invoquant des arguments que le juge estime mal fondés.

case was such that the courts must dissociate themselves from it.

[106] At the second stage, it is clear that the trial judge did not evaluate the actual impact of the breach. The main interest affected by the unlawful police search was Ms. Côté's expectation of privacy. What must be determined is the impact on it of the failure to obtain prior authorization. To do this, the situation here must be compared with the one that would have prevailed had the search been authorized in advance. It is therefore not enough to find that the search resulted in an invasion of privacy. While that is of course relevant, it is more specifically the difference in seriousness between the intrusion that actually occurred and the one that would have occurred had a warrant been issued that reveals the "extent to which the breach actually undermined the interests protected" (*Grant*, at para. 76). This is the corollary of the previous findings that a warrant could have been obtained at the very beginning of the investigation and that this would have led the police to discover the physical evidence.

[107] However limited the warrant may have been, it would at the very least have authorized an examination of the gazebo and the area surrounding it. The warrant would therefore have authorized a search of both the outside and part of the inside of the house. As a result, if it is accepted that the warrant could have been issued at the start of the investigation, it must also be accepted that the resulting invasion of Ms. Côté's privacy would, in practice, have been identical to the one that resulted from the warrantless search.

[108] I therefore agree with Cromwell J. that the impact of the infringement of the right to privacy is limited to the fact that the search was not authorized by a judicial officer (para. 84). However, it seems to me that his assessment of that impact contradicts the conceptual approach that follows from this premise. To determine the seriousness of the impact of the breach, my colleague considers facts that would have existed even if the search had been authorized. That does not reveal the extent to which the expectation of privacy was actually

La conduite policière en l'espèce est telle que les tribunaux doivent s'en dissocier.

[106] Par ailleurs, pour ce qui est de la deuxième étape, il est clair que le juge de première instance n'a pas évalué la portée réelle de la violation. Le principal intérêt touché par la perquisition policière illégale est l'attente de l'intéressée en matière de respect de sa vie privée. Il s'agit ici de déterminer l'incidence de l'absence d'autorisation préalable sur cette attente. Pour ce faire, il faut comparer le cas présent à ce qu'aurait été la situation si la perquisition avait été préalablement autorisée. Il ne suffit donc pas de constater l'existence de l'atteinte à la vie privée résultant de la perquisition. Cette analyse demeure certes pertinente, mais c'est surtout l'écart de gravité entre cette situation et celle où un mandat aurait été délivré qui constitue la « portée réelle de l'atteinte aux intérêts protégés » (*Grant*, par. 76). Il s'agit là du corollaire des conclusions précédentes suivant lesquelles un mandat aurait pu être obtenu au tout début de l'enquête et aurait permis de découvrir la preuve matérielle.

[107] Aussi restreint qu'aurait pu être le mandat, il aurait à tout le moins autorisé l'examen du gazebo et de ses alentours. La portée d'une telle autorisation impliquait donc la visite de l'extérieur de la maison et d'une partie de l'intérieur de celle-ci. Par conséquent, si l'on accepte que le mandat aurait pu être décerné dès le début de l'enquête, il faut aussi accepter que M^{me} Côté aurait subi une atteinte à sa vie privée qui, concrètement, aurait été identique à celle qui découlait de la perquisition sans mandat.

[108] Je suis donc d'accord avec le juge Cromwell pour dire que l'incidence de l'atteinte au droit à la vie privée se limite au fait que la perquisition n'était pas autorisée par un officier de justice (par. 84). Son évaluation de cette incidence me semble par ailleurs contredire l'approche conceptuelle qui découle de cette prémisse. Pour déterminer la gravité de l'impact de la violation, mon collègue considère des éléments factuels qui auraient été présents si la perquisition avait été autorisée. Telle n'est pas la portée réelle de l'atteinte à l'attente en matière

undermined by the failure to obtain prior authorization for the search.

[109] All persons are entitled to expect the state to respect their rights, and a court cannot do anything that suggests that their rights have no value. Even where a breach has no practical consequences, the court must play a declaratory role in vindicating constitutional rights. It is this role that must be borne in mind where a duly authorized search would have had the same practical consequences (see, in the analogous context of s. 24(1) of the *Charter*, *Vancouver (City) v. Ward*, 2010 SCC 27, [2010] 2 S.C.R. 28). In the instant case, the protected right is the legitimate expectation of any person not to be subjected to a warrantless search. The standpoint from which a court assesses the impact of a breach of protected rights is therefore very different where the intrusion would have been identical had the search been authorized by a warrant. The interest that remains to be protected is what the Court in *Ward* referred to as “[v]indicating, in the sense of affirming constitutional values” (para. 28).

[110] Protection of a person’s expectation of privacy is a fundamental requirement in the Canadian constitutional system. For this reason — and to reflect the actual scope of this expectation — it is particularly appropriate to take a nuanced approach when assessing it. The higher the expectation of privacy, the more clearly the constitutional right that protects it must be affirmed. Conversely, the lower the expectation of privacy, the lower the need for affirmation.

[111] In the case at bar, Ms. Côté was the person who called 9-1-1 and provided her address. She was the person who contacted the doctor and told him that she had found her spouse in the gazebo. She was the first and only person to whom the police officers could speak to find out what had happened in the moments before her spouse was taken away by ambulance. Therefore, the visit from the police could hardly be said to have been unexpected. In

de vie privée qui résulte du fait que la perquisition n’était pas préalablement autorisée.

[109] Toute personne peut, à juste titre, s’attendre à ce que l’État respecte ses droits et un tribunal ne peut agir d’une façon qui donne à penser que ces droits sont sans valeur. Même lorsque la violation n’a pas de conséquences concrètes, le tribunal doit jouer un rôle déclaratoire en matière de défense des droits constitutionnels. C’est le rôle qu’il faut retenir lorsqu’une perquisition dûment autorisée aurait eu les mêmes conséquences concrètes (voir, dans le contexte analogue du par. 24(1) de la *Charte*, *Vancouver (Ville) c. Ward*, 2010 CSC 27, [2010] 2 R.C.S. 28). En l’espèce, le droit protégé est l’attente légitime de toute personne de ne pas faire l’objet d’une perquisition sans mandat. La perspective à partir de laquelle le tribunal évalue l’incidence de l’atteinte aux droits protégés est donc très différente lorsque la personne qui fait l’objet d’une perquisition aurait subi une intrusion identique si un mandat l’avait autorisée. Ce qui subsiste comme intérêt à protéger est ce que la Cour a, dans *Ward*, qualifié de « défense du droit, dans le sens d’affirmation des valeurs constitutionnelles » (par. 28).

[110] La protection de l’attente d’une personne en matière de respect de sa vie privée est fondamentale dans l’ordre constitutionnel canadien. Pour cette raison — et afin de rendre compte de la portée réelle de cette attente —, il est particulièrement indiqué de faire preuve de nuance dans son appréciation. Plus l’attente en matière de vie privée est élevée, plus le droit constitutionnel la protégeant doit être affirmé de façon claire. Inversement, lorsque l’attente est moindre, le besoin d’affirmation est moins grand.

[111] En l’espèce, M^{me} Côté est la personne qui a appelé le 9-1-1 et donné son adresse. C’est elle qui a contacté le médecin et indiqué qu’elle avait trouvé son conjoint dans le gazebo. Elle était la première et la seule interlocutrice à laquelle les policiers pouvaient s’adresser pour connaître les faits survenus dans les moments précédant le transport en ambulance. Leur visite pouvait donc difficilement être qualifiée d’inattendue. En somme, non

short, not only would the intrusion have been the same with or without a warrant, but Ms. Côté did not have the highest expectation of privacy. As a result, the relevant factors at the second stage of the analysis do not weigh in favour of excluding the physical evidence.

[112] At the stage of the analysis that involves determining whether the search for truth would be better served by admitting the evidence or by excluding it, I must point out that the evidence in question was reliable physical evidence. It was found shortly after the injured person was taken away by ambulance, and it was gathered near the alleged scene of the crime. Although my colleague acknowledges that the trial judge did not speak to the reliability of the physical evidence, he assumes that the judge attached the necessary weight to this factor (para. 55). With respect, I have difficulty seeing how such a conclusion can be drawn.

[113] It is possible that the trial judge's failure to discuss the reliability of the evidence is due to the fact that he was applying the law as it stood before *Grant*. According to the test from *Collins* and *Stillman*, the discoverability of physical evidence was linked to the protection against self-incrimination and the assessment of trial fairness (*Grant*, at para. 121). Exclusion was almost automatic (*Grant*, at para. 64). In that context, the reliability of the evidence was of little consequence. However, one of the changes effected in *Grant* was in fact to move away from automatic exclusion toward an analysis in which all the circumstances would be considered. On this point, I agree with my colleague Cromwell J. that the discoverability of physical evidence may be relevant to the decision whether to exclude evidence (para. 74). The relevance of discoverability is no longer limited to the protection against self-incrimination, and it is essential to consider the reliability of the evidence.

[114] Because the trial judge did not discuss the reliability of the physical evidence, I cannot find that he considered all the relevant factors in determining whether physical evidence should

seulement l'intrusion aurait-elle été la même, avec ou sans mandat, mais l'attente en matière de vie privée ne se situait pas au niveau le plus élevé. Par conséquent, les facteurs pertinents à la deuxième étape de l'analyse ne militent pas en faveur de l'exclusion de la preuve matérielle.

[112] À l'étape de l'analyse qui consiste à se demander si la recherche de la vérité sera mieux servie par l'utilisation de la preuve ou par son exclusion, je dois noter qu'il s'agit en l'espèce d'éléments de preuve matérielle fiables. Ils ont été trouvés peu de temps après le transport de la personne blessée et recueillis à proximité du lieu présumé du crime. Bien que mon collègue reconnaisse le silence du juge concernant la fiabilité de la preuve matérielle, il tient pour acquis que le juge a accordé à ce facteur le poids requis (par. 55). Avec égards pour l'opinion du juge Cromwell, je vois mal comment une telle conclusion est permise.

[113] L'omission du juge de première instance de traiter de la fiabilité de la preuve s'explique peut-être par le fait qu'il appliquait le droit en vigueur avant l'arrêt *Grant*. En vertu de la grille d'analyse des arrêts *Collins* et *Stillman*, la possibilité de découvrir un élément de preuve matérielle était une notion liée à la protection contre l'auto-incrimination et à l'évaluation de l'équité du procès (*Grant*, par. 121). L'exclusion était quasi automatique (*Grant*, par. 64). Dans ce contexte, l'incidence de la fiabilité de la preuve était négligeable. Or, un des changements de principe apportés par l'arrêt *Grant* est justement d'écarter l'automatisme de l'exclusion au profit d'une appréciation de toutes les circonstances. Sur ce point, je suis d'accord avec mon collègue le juge Cromwell pour souligner que la possibilité de découvrir un élément de preuve matérielle peut être pertinente à l'égard de la décision d'exclure un élément de preuve (par. 74). Cette pertinence n'est plus limitée à la protection contre l'auto-incrimination et l'analyse de la fiabilité de la preuve est une étape incontournable.

[114] Compte tenu de l'absence d'examen de la question de la fiabilité de la preuve matérielle, je ne peux conclure que le juge a pris en considération l'ensemble des facteurs pertinents pour déterminer

be excluded. In my view, this was a serious flaw.

[115] As regards the importance of the physical evidence to the conduct of the trial, it is sufficient to note that this evidence was circumstantial. Because the statements made to the police by Ms. Côté had been excluded, it was the only remaining evidence. Its admission was therefore likely to be of crucial importance to the truth-seeking function and to the conduct of the trial.

[116] At the stage of assessing society's interest in the conduct of the trial, having regard to all the relevant facts, I see nothing that would weigh in favour of excluding the physical evidence. Although the evidence as a whole was limited by the exclusion of the statements made to the police by Ms. Côté, some reliable evidence remained that the prosecution could still have considered sufficient to conduct the trial.

[117] After completing all three stages of the analysis, the court must balance the factors that weigh in favour of and against excluding the evidence. This is a qualitative exercise and not a quantitative one (*R. v. Harrison*, 2009 SCC 34, [2009] 2 S.C.R. 494, at para. 36).

[118] In the instant case, the police misconduct, considered as a whole, is serious and the courts must dissociate themselves from it. However, it is possible to do so in respect of the constitutional violations in this case without excluding *all* the evidence. There are cases of impacts on expectations of privacy that are much more serious. Moreover, where reliable and important evidence exists, society's interest in the search for truth stands out. On the whole, I can only conclude that, in this case, it is the exclusion of the physical evidence that would bring the administration of justice into disrepute.

[119] For these reasons, I would dismiss the appeal.

si la preuve matérielle devait être exclue. Il s'agit là, à mon avis, d'une lacune grave.

[115] Pour ce qui est de l'importance de la preuve matérielle dans la poursuite du procès, il suffit de constater qu'il s'agit d'éléments de preuve circonstancielle. Du fait de l'exclusion des déclarations faites par M^{me} Côté aux policiers, cette preuve est la seule qui subsiste. Son utilisation est susceptible de jouer un rôle capital dans la recherche de la vérité et la poursuite du procès.

[116] À l'étape de l'évaluation de l'intérêt de la société à ce que le procès suive son cours, et prenant en considération tous les faits pertinents, je ne vois aucun élément qui militerait en faveur de l'exclusion de la preuve matérielle. Bien que l'ensemble de la preuve se trouve limité à la suite de l'exclusion des déclarations faites par M^{me} Côté aux policiers, il subsiste tout de même des éléments de preuve fiables, que la poursuite pourrait juger suffisants pour mener le procès à terme.

[117] Après avoir procédé à chacune des trois étapes, le tribunal doit mettre en balance les facteurs favorables et défavorables à l'exclusion de la preuve. Il s'agit d'un examen qualitatif et non quantitatif (*R. c. Harrison*, 2009 CSC 34, [2009] 2 R.C.S. 494, par. 36).

[118] Considérée globalement, l'inconduite policière constatée en l'espèce est grave et commande que les tribunaux s'en dissocient. Il est cependant possible de se dissocier des violations constitutionnelles qui ont été commises sans pour autant exclure *l'ensemble* de la preuve. L'atteinte aux droits constitutionnels n'atteint pas ici le niveau de gravité le plus élevé. De plus, en présence de preuves fiables et importantes, l'intérêt de la société dans la recherche de la vérité ressort. Dans l'ensemble, je ne peux que conclure que, dans le cas qui nous occupe, c'est l'exclusion de la preuve matérielle qui déconsidérerait l'administration de la justice.

[119] Pour ces motifs, je rejetterais l'appel.

Appeal allowed, DESCHAMPS J. dissenting.

Solicitor for the appellant: Centre communautaire juridique de la Rive-Sud, Longueuil.

Solicitor for the respondent: Directeur des poursuites criminelles et pénales du Québec, Longueuil.

Solicitors for the interveners: Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.

Pourvoi accueilli, la juge DESCHAMPS est dissidente.

Procureur de l'appelante : Centre communautaire juridique de la Rive-Sud, Longueuil.

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

Procureurs de l'intervenante : Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.

ISSN 0045-4230

If undelivered, return to:

Publishing & Depository Services
Public Works and Government Services
Ottawa, Ontario
Canada K1A 0S5

En cas de non-livraison, retourner à :

Éditions et Services de dépôts
Travaux publics et Services gouvernementaux
Ottawa (Ontario)
Canada K1A 0S5

Available from:
Publishing & Depository Services
Public Works and Government Services
Ottawa, Ontario - Canada K1A 0S5
<http://publications.gc.ca>

En vente auprès de :
Éditions et Services de dépôts
Travaux publics et Services gouvernementaux
Ottawa (Ontario) - Canada K1A 0S5
<http://publications.gc.ca>



**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Part 2, 2011 Vol. 3

2^e cahier, 2011 Vol. 3

Cited as [2011] 3 S.C.R. 269-504

Renvoi [2011] 3 R.C.S. 269-504

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

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

Deputy Registrar / Registraire adjointe
MARY MCFADYEN

General Counsel / Avocate générale
BARBARA KINCAID

Chief Law Editor / Arrêtiiste en chef
J. DAVID POWER

Senior Counsel / Avocate-conseil
JULIE TERRIEN

Legal Counsel / Conseillers juridiques

CLAIRE ZOË BIDER-HALL
JANICE CHENEY
HARLEY D'AOÛT
CHANTAL DEMERS
VALERIE DESJARLAIS
GENEVIÈVE DOMEY

LEE ANN GORMAN
KAREN LEVASSEUR
JOANNE NORMAN
BERNARD OLIVIER
LORRAINE PILETTE
RÉMI SAMSON

LOUISE SAVARD
IDA SMITH
JACQUELINE STENCEL
LESLI TAKAHASHI
CAMERON TAYLOR
RENÉE MARIA TREMBLAY

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

Jurilinguists / Jurilinguistes

DAVID AUBRY
STEPHEN BALOGH

MARIE RODRIGUE

MARIE-LUC SIMONEAU
CLAIRE VALLÉE

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

Technical Revisors / Réviseurs techniques

SUZANNE AUDET
NANCY MCCAUGHAN

PAULINE MCTAVISH
ANNE-MARIE NOËL

PETER O'DOHERTY
JEAN-FRANÇOIS SCHAAN

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

Administrative Assistants / Adjoins administratifs
SÉBASTIEN GAGNÉ MANON PLOUFFE

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

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

CONTENTS

British Columbia (Workers' Compensation Board) v. Figliola 422

Administrative law — Judicial review — Standard of review — Patent unreasonableness — Injured workers receiving compensation pursuant to British Columbia's Workers' Compensation Board chronic pain policy — Workers filing appeal with Board's Review Division claiming policy breached s. 8 of British Columbia Human Rights Code — Board rejecting that policy breached Human Rights Code — Workers subsequently filing complaints with Human Rights Tribunal repeating same arguments — Human Rights Tribunal deciding that this was appropriate question for Tribunal to determine — What is the scope of Tribunal's discretion to determine whether the substance of a complaint has been "appropriately dealt with" when two bodies share jurisdiction over human rights — Whether exercise of discretion by Tribunal was patently unreasonable — Human Rights Code, R.S.B.C. 1996, c. 210, ss. 8, 27(1) — Administrative Tribunals Act, S.B.C. 2004, c. 45, s. 59.

Canada (Canadian Human Rights Commission) v. Canada (Attorney General) 471

Administrative law — Judicial review — Standard of review — Canadian Human Rights Tribunal awarding legal costs to complainant — Whether standard of reasonableness applicable to Tribunal's decision to award costs — Whether Tribunal made a reviewable error in awarding costs to complainant — Canadian Human Rights Act, R.S.C. 1985, c. H-6, s. 53(2)(c), (d).

Administrative law — Boards and tribunals — Jurisdiction — Costs — Canadian Human Rights Tribunal awarding legal costs to complainant — Whether Tribunal having jurisdiction to award costs — Canadian Human Rights Act, R.S.C. 1985, c. H-6, s. 53(2)(c), (d).

Crookes v. Newton 269

Torts — Libel and slander — Publication — Internet — Defendant creating hyperlinks to allegedly defamatory articles — Whether hyperlinking, in and of itself, constitutes publication.

R. v. Barros 368

Criminal law — Informer privilege — Private investigator hired by defence to identify confidential police informant — Investigator allegedly attempting to obtain stay of charges by identifying informant — Whether investigator bound by informer privilege.

Criminal law — Appeals — Powers of court of appeal — Private investigator hired by defence to identify confidential police informant — Investigator allegedly attempting

Continued on next page

SOMMAIRE

Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général) 471

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Norme de contrôle — Adjudication des dépens à la plaignante par le Tribunal canadien des droits de la personne — La norme du caractère raisonnable s'applique-t-elle à la décision du Tribunal d'adjudger des dépens? — Le Tribunal a-t-il commis une erreur susceptible de contrôle judiciaire en adjugeant les dépens à la plaignante? — Loi canadienne sur les droits de la personne, L.R.C. 1985, ch. H-6, art. 53(2)c), d).

Droit administratif — Organismes et tribunaux administratifs — Compétence — Dépens — Adjudication des dépens à la plaignante par le Tribunal canadien des droits de la personne — Le Tribunal a-t-il le pouvoir d'adjudger des dépens? — Loi canadienne sur les droits de la personne, L.R.C. 1985, ch. H-6, art. 53(2)c), d).

Colombie-Britannique (Workers' Compensation Board) c. Figliola 422

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Norme de contrôle — Décision manifestement déraisonnable — Indemnisation des accidentés du travail en application de la politique de la Workers' Compensation Board de la Colombie-Britannique relative aux douleurs chroniques — Appel interjeté devant la Section de révision de la Commission au motif que la politique contrevient à l'art. 8 du Human Rights Code de la Colombie-Britannique — La Commission ne conclut pas à une contravention au Code — Travailleurs reprenant les mêmes arguments dans des plaintes subséquentes auprès du tribunal des droits de la personne — Le tribunal estime qu'il s'agit d'une question qu'il peut à bon droit considérer — Quelle est la portée du pouvoir discrétionnaire du tribunal de juger s'il a « été statué de façon appropriée sur le fond de la plainte » dans les cas où deux organismes ont compétence en matière de droits de la personne? — L'exercice par le tribunal de son pouvoir discrétionnaire était-il manifestement déraisonnable? — Human Rights Code, R.S.B.C. 1996, ch. 210, art. 8, 27(1) — Administrative Tribunals Act, S.B.C. 2004, ch. 45, art. 59.

Crookes c. Newton 269

Responsabilité délictuelle — Diffamation — Diffusion — Internet — Le défendeur a créé des hyperliens menant à des articles prétendument diffamatoires — Le fait de créer des hyperliens constitue-t-il en soi de la diffusion?

R. c. Barros 368

Droit criminel — Privilège de l'indicateur — Détective privé embauché par la défense pour identifier un indicateur

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

to obtain stay of charges by identifying informant — Investigator charged with one count of obstructing justice and two counts of extortion — Court of appeal overturning acquittals and ordering new trial — Whether trial judge committed errors of law allowing appellate review of acquittals — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 676(1)(a).

R. v. Dorfer 366

Criminal law — Charge to jury — Use of criminal record of third party suspect — Trial judge erring in his instruction about the limited use of third party suspect's criminal record but error did not occasion substantial wrong or miscarriage of justice — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 686(1)(b)(iii).

R. v. Katigbak 326

Criminal law — Child pornography — Defences — Accused charged with one count possession of child pornography between 1999 and 2006 — Statutory defences amended 2005 — Accused testifying purpose of collecting child pornography to create artistic exhibition from perspective of exploited children — Trial judge accepting testimony and acquitting accused on basis of pre-2005 artistic merit defence — Whether accused's actions constituted artistic merit or served public good per pre-2005 defences — Whether accused's actions had legitimate purpose which did not pose undue risk of harm per post-2005 defence — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 163(3), 163.1(6).

Criminal law — Appeal from acquittal — Powers of court of appeal — Accused charged with one count possession of child pornography between 1999 and 2006 — Trial judge acquitting accused — Court of Appeal overturning acquittal and registering conviction — Whether substituting conviction exceeded Court of Appeal's jurisdiction limited to questions of law — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 676(1)(a), 686(4)(b)(ii).

Criminal law — Information — Accused charged with one count possession of child pornography between 1999 and 2006 — Statutory defences amended 2005 — Whether Information defective because only one count of offence charged for period during which statutory defences amended.

R. v. Whyte 364

Constitutional law — Charter of Rights — Enforcement — Exclusion of evidence — Conduct of police not constituting violation of ss. 8 and 9 of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Evidence obtained pursuant to arrest and search improperly excluded at trial.

SOMMAIRE (Suite)

confidentiel de la police — Le détective privé aurait tenté d'obtenir la suspension des accusations en découvrant l'identité de l'indicateur — Le détective privé était-il lié par le privilège de l'indicateur?

Droit criminel — Appels — Pouvoirs de la cour d'appel — Détective privé embauché par la défense pour identifier un indicateur confidentiel de la police — Le détective privé aurait tenté d'obtenir la suspension des accusations en découvrant l'identité de l'indicateur — Détective privé accusé d'un chef d'entrave à la justice et de deux chefs d'extorsion — Acquittements annulés et nouveau procès ordonné par la Cour d'appel — La juge du procès a-t-elle commis des erreurs de droit donnant ouverture au contrôle des acquittements en appel? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 676(1)a.

R. c. Dorfer 366

Droit criminel — Exposé au jury — Utilisation du dossier criminel d'un tiers suspect — Formulation par le juge du procès de directives erronées quant à l'utilisation limitée pouvant être faite du dossier criminel d'un tiers suspect mais qui n'ont entraîné aucun tort important ni aucune erreur judiciaire grave — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 686(1)b(iii).

R. c. Katigbak 326

Droit criminel — Pornographie juvénile — Moyens de défense — Accusé inculpé d'un chef de possession de pornographie juvénile entre 1999 et 2006 — Moyens de défense prévus par la loi modifiés en 2005 — L'accusé a témoigné qu'il collectionnait des documents de pornographie juvénile en vue de monter une exposition artistique exposant le point de vue d'enfants exploités — La juge du procès a accepté ce témoignage et acquitté l'accusé sur la base du moyen de défense fondé sur la valeur artistique qui existait avant 2005 — Les actes de l'accusé étaient-ils visés par le moyen de défense fondé sur la valeur artistique ou celui fondé sur le bien public qui existaient avant 2005? — Les actes de l'accusé visaient-ils un but légitime qui ne posait aucun risque indu conformément au moyen de défense qui existe depuis 2005? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 163(3), 163.1(6).

Droit criminel — Appel contre un acquittement — Pouvoirs d'une cour d'appel — Accusé inculpé d'un chef de possession de pornographie juvénile entre 1999 et 2006 — La juge du procès a acquitté l'accusé — La Cour d'appel a annulé le verdict d'acquittement et inscrit une déclaration de culpabilité — La Cour d'appel a-t-elle outrepassé sa compétence, qui se limite aux questions de droit, en remplaçant le verdict d'acquittement par une déclaration de culpabilité? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 676(1)a, 686(4)b(ii).

Suite à la page suivante

SOMMAIRE (Fin)

Droit criminel — Dénonciation — Accusé inculpé d'un chef de possession de pornographie juvénile entre 1999 et 2006 — Moyens de défense prévus par la loi modifiés en 2005 — La dénonciation était-elle viciée parce qu'elle ne comportait qu'un seul chef d'accusation pour la période en cause, pendant laquelle les moyens de défense prévus par la loi ont été modifiés?

R. c. Whyte 364

Droit constitutionnel — Charte des droits — Réparation — Exclusion d'éléments de preuve — Articles 8 et 9 de la Charte canadienne des droits et libertés non violés par la conduite des policiers — Éléments de preuve obtenus à la suite d'une arrestation et d'une fouille exclus à tort au procès.

**Wayne Crookes and West Coast
Title Search Ltd. Appellants**

v.

Jon Newton Respondent

and

**Canadian Civil Liberties Association,
Samuelson-Glushko Canadian Internet
Policy and Public Interest Clinic,
NetCoalition, British Columbia Civil
Liberties Association, Canadian Newspaper
Association, Ad IDEM/Canadian Media
Lawyers Association, Magazines Canada,
Canadian Journalists for Free Expression,
Writers' Union of Canada, Professional
Writers Association of Canada, PEN
Canada and Canadian Publishers'
Council Intervenors**

INDEXED AS: CROOKES v. NEWTON

2011 SCC 47

File No.: 33412.

2010: December 7; 2011: October 19.

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

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

Torts — Libel and slander — Publication — Internet — Defendant creating hyperlinks to allegedly defamatory articles — Whether hyperlinking, in and of itself, constitutes publication.

N owns and operates a website in British Columbia containing commentary about various issues, including free speech and the Internet. One of the articles he posted on it contained shallow and deep hyperlinks to other websites, which in turn contained information about C. C sued N on the basis that two of the hyperlinks he created connected to defamatory material, and

**Wayne Crookes et West Coast
Title Search Ltd. Appelants**

c.

Jon Newton Intimé

et

**Association canadienne des libertés civiles,
Clinique d'intérêt public et de politique
d'internet du Canada Samuelson-Glushko,
NetCoalition, Association des libertés civiles
de la Colombie-Britannique, Association
canadienne des journaux, Ad IDEM/
Canadian Media Lawyers Association,
Magazines Canada, Journalistes canadiens
pour la liberté d'expression, Writers' Union
of Canada, Professional Writers Association
of Canada, PEN Canada et Canadian
Publishers' Council Intervenants**

RÉPERTORIÉ : CROOKES c. NEWTON

2011 CSC 47

N^o du greffe : 33412.

2010 : 7 décembre; 2011 : 19 octobre.

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

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

Responsabilité délictuelle — Diffamation — Diffusion — Internet — Le défendeur a créé des hyperliens menant à des articles prétendument diffamatoires — Le fait de créer des hyperliens constitue-t-il en soi de la diffusion?

N possède et exploite en Colombie-Britannique un site Web commentant divers sujets, dont la question de la liberté d'expression dans le contexte de l'Internet. L'un des articles qui y figuraient comprenait des hyperliens simples et profonds menant à d'autres sites Web dans lesquels se trouvaient des renseignements au sujet de C. C a poursuivi N, alléguant que deux des

that by using those hyperlinks, N was publishing the defamatory information. At trial, the judge concluded that the mere creation of a hyperlink in a website does not lead to a presumption that someone actually used the hyperlink to access the impugned words. The judge agreed that hyperlinks were analogous to footnotes since they only refer to another source without repeating it. Since there was no repetition, there was no publication. Furthermore, in the absence of evidence that anyone other than C used the links and read the words to which they linked, there could not be a finding of publication. A majority of the Court of Appeal upheld the decision, finding that while some words in an article may suggest that a particular hyperlink is an encouragement or invitation to view the impugned site, there was no such encouragement or invitation in this case. In addition, the number of “hits” on the article itself was an insufficient basis for drawing an inference in this case that a third party had read the defamatory words. The dissenting judge held that there was publication. The fact that N’s website had been viewed 1,788 times made it unlikely that no one had followed the hyperlinks and read the impugned article. Furthermore, the context of the article suggested that readers were encouraged or invited to click on the links.

Held: The appeal should be dismissed.

Per Binnie, LeBel, Abella, Charron, Rothstein and Cromwell JJ.: To prove the publication element of defamation, a plaintiff must establish that the defendant has, by any act, conveyed defamatory meaning to a single third party who has received it. Traditionally, the form the defendant’s act takes and the manner in which it assists in causing the defamatory content to reach the third party are irrelevant. Applying this traditional rule to hyperlinks, however, would have the effect of creating a presumption of liability for all hyperlinkers. This would seriously restrict the flow of information on the Internet and, as a result, freedom of expression.

Hyperlinks are, in essence, references, which are fundamentally different from other acts of “publication”. Hyperlinks and references both communicate that something exists, but do not, by themselves, communicate its content. They both require some act on the part of a third party before he or she gains access to the content. The fact that access to that content is far easier

hyperliens créés par ce dernier renvoyaient à des propos diffamatoires et que N avait ainsi diffusé de l’information diffamatoire à son égard. Au procès, le juge a conclu que la simple création d’un hyperlien dans un site Web n’entraînait pas une présomption qu’on avait effectivement utilisé cet hyperlien pour accéder aux mots en cause. Le juge était d’accord que les hyperliens s’apparentaient à des notes de bas de page puisqu’ils ne faisaient que renvoyer à une autre source sans toutefois en répéter le contenu. Sans répétition, il ne pouvait y avoir eu diffusion. Par surcroît, en l’absence de toute preuve établissant que qui que ce soit d’autre que C avait suivi les liens et lu les mots auxquels ils menaient, il était impossible de conclure qu’il y avait eu diffusion. Les juges majoritaires de la Cour d’appel ont maintenu la décision, concluant qu’il pouvait arriver que certains mots d’un article donnent à penser qu’un hyperlien donné constitue un encouragement ou une invitation à se rendre au site visé, mais ce n’était pas le cas en l’espèce. De plus, le nombre de « visites » relativement à l’article lui-même ne constituait pas un fondement suffisant pour inférer qu’en l’espèce un tiers avait lu les mots diffamatoires. La juge dissidente a conclu qu’il y avait eu diffusion, jugeant qu’il était peu probable, compte tenu du fait que le site Web de N avait été consulté 1 788 fois, que personne n’ait suivi les hyperliens et lu les articles en cause. En outre, il ressortait du contexte dans lequel s’inscrivait l’article de N qu’il encourageait ou invitait les lecteurs à cliquer sur les liens.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

Les juges Binnie, LeBel, Abella, Charron, Rothstein et Cromwell : Pour établir, dans le cadre d’une action en diffamation, qu’il y a eu diffusion des propos visés, le plaignant doit prouver que le défendeur a, par le biais d’un acte quelconque, transmis des propos diffamatoires à au moins un tiers, qui les a reçus. Traditionnellement, la forme que revêt cet acte et la façon dont il contribue à permettre au tiers d’y accéder sont dénuées de pertinence. L’application de cette règle traditionnelle aux hyperliens aurait cependant pour effet de créer une présomption de responsabilité à l’égard de tous ceux qui créent des hyperliens. Cela restreindrait gravement la circulation de l’information dans l’Internet et, partant, la liberté d’expression.

Les hyperliens constituent essentiellement des renvois, qui diffèrent fondamentalement d’autres actes de « diffusion ». Tant les hyperliens que les renvois signalent l’existence d’une information sans toutefois en communiquer eux-mêmes le contenu. Ils obligent le tiers qui souhaite prendre connaissance du contenu à poser un certain acte avant de pouvoir le faire. Le

with hyperlinks than with footnotes does not change the reality that a hyperlink, by itself, is content-neutral. Furthermore, inserting a hyperlink into a text gives the author no control over the content in the secondary article to which he or she has linked.

A hyperlink, by itself, should never be seen as “publication” of the content to which it refers. When a person follows a hyperlink to a secondary source that contains defamatory words, the actual creator or poster of the defamatory words in the secondary material is the person who is publishing the libel. Only when a hyperlinker presents content from the hyperlinked material in a way that actually repeats the defamatory content, should that content be considered to be “published” by the hyperlinker.

Here, nothing on N’s page is itself alleged to be defamatory. Since the use of a hyperlink cannot, by itself, amount to publication even if the hyperlink is followed and the defamatory content is accessed, N has not published the defamatory content and C’s action cannot succeed.

Per McLachlin C.J. and Fish J.: The reasons of the majority are agreed with substantially. However, a hyperlink should constitute publication if, read contextually, the text that includes the hyperlink constitutes adoption or endorsement of the specific content it links to. A mere general reference to a Web site is not enough to find publication.

Per Deschamps J.: Excluding hyperlinks from the scope of the publication rule is an inadequate solution to the novel issues raised by the Internet. This blanket exclusion exaggerates the difference between references and other acts of publication, and treats all references, from footnotes to hyperlinks, alike, thereby disregarding the fact that references vary greatly in how they make defamatory information available to third parties and, consequently, in the harm they can cause to people’s reputations.

In the common law of defamation, publication has two components: (1) an act that makes the defamatory information available to a third party in a comprehensible form, and (2) the receipt of the information by a third party in such a way that it is understood.

fait qu’il soit beaucoup plus facile d’accéder au contenu d’un texte par le biais d’hyperliens que par des notes de bas de page ne change rien au fait que l’hyperlien en lui-même est neutre sur le plan du contenu. En outre, le seul fait d’incorporer un hyperlien dans un article ne confère pas à l’auteur de celui-ci un quelconque contrôle sur le contenu de l’article secondaire auquel il mène.

L’hyperlien, en lui-même, ne devrait jamais être assimilé à la « diffusion » du contenu auquel il renvoie. Lorsqu’une personne se rend, par le biais d’un hyperlien, à une source secondaire qui contient des mots diffamatoires, c’est la personne même qui crée ou affiche les mots diffamatoires dans le contenu secondaire qui se trouve à diffuser le libelle. Ce n’est que lorsque la personne qui crée l’hyperlien présente les propos auxquels ce dernier renvoie d’une façon qui, en fait, répète le contenu diffamatoire, que celui-ci doit être considéré comme ayant été « diffusé » par elle.

En l’espèce, rien dans la page Web de N n’est en soi présenté comme étant diffamatoire. Puisque l’utilisation d’un hyperlien ne peut, en soi, équivaloir à de la diffusion même si on le suit en vue de consulter le contenu diffamatoire auquel il mène, N n’a pas diffusé le contenu diffamatoire et l’action de C ne saurait être accueillie.

La juge en chef McLachlin et le juge Fish : Nous souscrivons en grande partie aux motifs des juges majoritaires. Cependant, selon nous, l’hyperlien équivaut à de la diffusion s’il ressort du texte qui le contient, interprété en fonction de son contexte, que l’auteur adopte le contenu auquel il renvoie, ou y adhère. Le simple renvoi général à un site Web ne suffit pas pour conclure qu’il y a eu diffusion.

La juge Deschamps : Soustraire les hyperliens à la règle en matière de diffusion constituerait une solution inadéquate aux nouveaux problèmes soulevés par l’Internet. Une telle exclusion générale accentuerait la différence qui existe entre les renvois et les autres formes de diffusion et traiterait tous les renvois de la même façon, qu’il s’agisse des notes de bas de page ou des hyperliens. Ce faisant, elle omettrait de reconnaître que les renvois varient considérablement dans la manière dont ils permettent à des tiers d’obtenir de l’information diffamatoire, et, par conséquent, dans le tort qu’ils peuvent causer à la réputation des gens.

En common law en matière de diffamation, la diffusion comporte donc deux volets : (1) un acte qui rend l’information diffamatoire disponible à un tiers, dans un format compréhensible, et (2) la réception de l’information par le tiers, de telle sorte qu’il en comprend le sens.

In the context of Internet hyperlinks, a simple reference, absent evidence that someone actually viewed and understood the defamatory information to which it directs third parties, is not publication of that content. In order to satisfy the requirements of the first component of publication, the plaintiff must establish, on a balance of probabilities, that the hyperlinker performed a deliberate act that made defamatory information readily available to a third party in a comprehensible form. An act is deliberate if the defendant played more than a passive instrumental role in making the information available. In determining whether hyperlinked information is readily available, a court should consider a number of factors, including whether the hyperlink is user-activated or automatic, whether it is a shallow or a deep link, and whether the linked information is available to the general public (as opposed to being restricted). Any matter that has a bearing on the ease with which the referenced information could be accessed will be relevant to the inquiry.

For an action in defamation to succeed, the plaintiff must also satisfy the requirements of the second component of publication on a balance of probabilities, namely that a third party received and understood the defamatory information. This requirement can be satisfied either by adducing direct evidence or by asking the court to draw an inference based on, notably, whether the link was user-activated or automatic; whether it was a deep or a shallow link; whether the page contained more than one hyperlink and, if so, where the impugned link was located in relation to others; the context in which the link was presented to users; the number of hits on the page containing the hyperlink; the number of hits on the page containing the linked information (both before and after the page containing the link was posted); whether access to the Web sites in question was general or restricted; whether changes were made to the linked information and, if so, how they correlate with the number of hits on the page containing that information; and evidence concerning the behaviour of Internet users. Once the plaintiff establishes *prima facie* liability for defamation, the defendant can invoke any available defences.

Here, N acted as more than a mere conduit in making the hyperlinked information available. His action was

Dans le contexte des hyperliens dans l'Internet, le simple renvoi à de l'information diffamatoire, en l'absence de preuve que quelqu'un en a bel et bien pris connaissance et l'a comprise, ne constitue pas une diffusion de celle-ci. Pour satisfaire aux exigences du premier volet de la diffusion, le plaignant doit prouver, selon la prépondérance des probabilités, que la personne qui a créé l'hyperlien a posé un acte délibéré qui a rendu l'information diffamatoire immédiatement disponible à un tiers, dans un format compréhensible. L'acte du défendeur est délibéré si ce dernier jouait un rôle qui dépassait le rôle instrumental passif en rendant l'information disponible. Pour décider si l'information à laquelle mène un hyperlien est immédiatement disponible, le tribunal doit prendre en considération certains facteurs, notamment s'il s'agit d'un hyperlien activé par l'utilisateur ou automatique, s'il s'agit d'un lien superficiel ou profond, et si l'information à laquelle mène le lien est accessible au grand public (ou s'il s'agit plutôt d'un contenu à accès restreint). Tout ce qui a une incidence sur la facilité avec laquelle on peut prendre connaissance des propos en cause sera pertinent à cet égard.

Pour avoir gain de cause, la personne qui intente une action en diffamation doit également établir, selon la prépondérance des probabilités, que les exigences du deuxième volet de la diffusion sont satisfaites, à savoir qu'un tiers a reçu et compris l'information diffamatoire. Il est possible de satisfaire à ces exigences soit en produisant une preuve directe, soit en demandant au tribunal de tirer une inférence sur la base de certains facteurs, notamment s'il s'agissait d'un lien activé par l'utilisateur ou automatique; s'il s'agissait d'un lien profond ou superficiel; si la page contenait plus d'un hyperlien et, dans l'affirmative, l'endroit où se trouvait le lien contesté par rapport aux autres; le contexte dans lequel le lien était présenté aux utilisateurs; le nombre de visites de la page contenant l'hyperlien; le nombre de visites de la page où figurait l'information auquel le lien renvoyait (avant que ce dernier n'ait été affiché et après qu'il l'a été); si les sites Web en cause étaient accessibles au grand public ou s'il s'agissait plutôt de sites à accès restreint; si des changements avaient été apportés à l'information à laquelle menait le lien et, le cas échéant, le lien qui existe entre ces changements et le nombre de visites de la page dans laquelle se trouvait l'information; et enfin, la preuve relative au comportement des internautes. Si le plaignant parvient à établir que la responsabilité du défendeur pour diffamation est, à première vue, engagée, il incombe alors à ce dernier d'invoquer les moyens de défense qui sont à sa disposition.

En l'espèce, N était plus qu'un simple intermédiaire en rendant l'information visée disponible. Il a agi

deliberate. However, having regard to the totality of the circumstances, it cannot be inferred that the first, shallow hyperlink made the defamatory content readily available. The various articles were not placed on the other site's home page and they had separate addresses. The fact that the reader had to take further action in order to find the defamatory material constituted a meaningful barrier to the receipt, by a third party, of the linked information. The second, deep hyperlink, however, did make the content readily available. All the reader had to do to gain access to the article was to click on the link, which does not constitute a barrier to the availability of the material. Thus, C has satisfied the requirements of the first component of publication on a balance of probabilities where this link is concerned. However, the nature of N's article, the way the various links were presented and the number of hits on the article do not support an inference that the allegedly defamatory information was brought to the knowledge of some third person. The defamation action with respect to either of the impugned hyperlinks cannot succeed.

Cases Cited

By Abella J.

Applied: *McNichol v. Grandy*, [1931] S.C.R. 696; **approved:** *Carter v. B.C. Federation of Foster Parents Assn.*, 2005 BCCA 398, 42 B.C.L.R. (4th) 1; **referred to:** *Grant v. Torstar Corp.*, 2009 SCC 61, [2009] 3 S.C.R. 640; *Gaskin v. Retail Credit Co.*, [1965] S.C.R. 297; *Stanley v. Shaw*, 2006 BCCA 467, 231 B.C.A.C. 186; *Hiltz and Seamone Co. v. Nova Scotia (Attorney General)* (1997), 164 N.S.R. (2d) 161, aff'd in part (1999), 173 N.S.R. (2d) 341; "*Truth*" (*N.Z.*) *Ltd. v. Holloway*, [1960] 1 W.L.R. 997; *Lambert v. Thomson*, [1937] O.R. 341; *Pullman v. Walter Hill & Co.*, [1891] 1 Q.B. 524; *R. v. Clerk* (1728), 1 Barn. K.B. 304, 94 E.R. 207; *Hird v. Wood* (1894), 38 S.J. 234; *Buchanan v. Jennings*, [2004] UKPC 36, [2005] 1 A.C. 115; *Polson v. Davis*, 635 F.Supp. 1130 (1986), aff'd 895 F.2d 705 (1990); *Crain v. Lightner*, 364 S.E.2d 778 (1987); *Spike v. Golding* (1895), 27 N.S.R. 370; *Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Canadian Assn. of Internet Providers*, 2004 SCC 45, [2004] 2 S.C.R. 427; *Vizetelly v. Mudie's Select Library, Ltd.*, [1900] 2 Q.B. 170; *Sun Life Assurance Co. of Canada v. W. H. Smith and Son Ltd.* (1934), 150 L.T. 211; *Bunt v. Tilley*, [2006] EWHC 407, [2006] 3 All E.R. 336; *Metropolitan International Schools Ltd. v. Designtecnica Corpn.*, [2009] EWHC 1765, [2011] 1 W.L.R. 1743; *Klein v. Biben*, 296 N.Y. 638 (1946);

délibérément. Toutefois, compte tenu de l'ensemble des circonstances, on ne peut inférer que le premier hyperlien, qui était un lien superficiel, rendait le contenu diffamatoire immédiatement disponible. Les divers articles ne figuraient pas sur la page d'accueil de l'autre site Web et ils avaient des adresses distinctes. Le fait que le lecteur devait naviguer davantage afin de trouver le contenu diffamatoire constituait un obstacle important à franchir pour obtenir l'information visée. Cependant, le deuxième hyperlien, qui était un lien profond, rendait effectivement le contenu immédiatement disponible. Pour consulter l'article, le lecteur n'avait qu'à activer l'hyperlien d'un seul clic de souris, ce qui ne constitue pas un obstacle à la disponibilité des propos qu'il contenait. Par conséquent, C a établi, selon la prépondérance des probabilités, que les exigences du premier volet de la diffusion étaient satisfaites pour ce qui est de ce lien. Cependant, la nature de l'article de N, la façon dont les liens étaient présentés et le nombre de visites de l'article ne permettent pas d'inférer que l'information prétendument diffamatoire a été portée à la connaissance d'un tiers quelconque. L'action en diffamation intentée relativement à l'un ou l'autre des hyperliens contestés ne saurait être accueillie.

Jurisprudence

Citée par la juge Abella

Arrêt appliqué : *McNichol c. Grandy*, [1931] R.C.S. 696; **arrêt approuvé :** *Carter c. B.C. Federation of Foster Parents Assn.*, 2005 BCCA 398, 42 B.C.L.R. (4th) 1; **arrêts mentionnés :** *Grant c. Torstar Corp.*, 2009 CSC 61, [2009] 3 R.C.S. 640; *Gaskin c. Retail Credit Co.*, [1965] R.C.S. 297; *Stanley c. Shaw*, 2006 BCCA 467, 231 B.C.A.C. 186; *Hiltz and Seamone Co. c. Nova Scotia (Attorney General)* (1997), 164 N.S.R. (2d) 161, conf. en partie par (1999), 173 N.S.R. (2d) 341; « *Truth* » (*N.Z.*) *Ltd. c. Holloway*, [1960] 1 W.L.R. 997; *Lambert c. Thomson*, [1937] O.R. 341; *Pullman c. Walter Hill & Co.*, [1891] 1 Q.B. 524; *R. c. Clerk* (1728), 1 Barn. K.B. 304, 94 E.R. 207; *Hird c. Wood* (1894), 38 S.J. 234; *Buchanan c. Jennings*, [2004] UKPC 36, [2005] 1 A.C. 115; *Polson c. Davis*, 635 F.Supp. 1130 (1986), conf. par 895 F.2d 705 (1990); *Crain c. Lightner*, 364 S.E.2d 778 (1987); *Spike c. Golding* (1895), 27 N.S.R. 370; *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Assoc. canadienne des fournisseurs Internet*, 2004 CSC 45, [2004] 2 R.C.S. 427; *Vizetelly c. Mudie's Select Library, Ltd.*, [1900] 2 Q.B. 170; *Sun Life Assurance Co. of Canada c. W. H. Smith and Son Ltd.* (1934), 150 L.T. 211; *Bunt c. Tilley*, [2006] EWHC 407, [2006] 3 All E.R. 336; *Metropolitan International Schools Ltd. c. Designtecnica Corpn.*, [2009] EWHC 1765, [2011] 1 W.L.R. 1743; *Klein c.*

MacFadden v. Anthony, 117 N.Y.S.2d 520 (1952); *Zeran v. America Online, Inc.*, 129 F.3d 327 (1997); *Barrett v. Rosenthal*, 146 F.3d 510 (2006); *Fair Housing Council of San Fernando Valley v. Roommates.Com, LLC*, 521 F.3d 1157 (2008); *Dell Computer Corp. v. Union des consommateurs*, 2007 SCC 34, [2007] 2 S.C.R. 801; *Hill v. Church of Scientology of Toronto*, [1995] 2 S.C.R. 1130; *WIC Radio Ltd. v. Simpson*, 2008 SCC 40, [2008] 2 S.C.R. 420; *Reno v. American Civil Liberties Union*, 521 U.S. 844 (1997); *Barrick Gold Corp. v. Lopehandia* (2004), 71 O.R. (3d) 416; *Botiuk v. Toronto Free Press Publications Ltd.*, [1995] 3 S.C.R. 3; *Knupffer v. London Express Newspaper, Ltd.*, [1944] A.C. 116; *Butler v. Southam Inc.*, 2001 NSCA 121, 197 N.S.R. (2d) 97; *Bou Malhab v. Diffusion Métromédia CMR inc.*, 2011 SCC 9, [2011] 1 S.C.R. 214.

By McLachlin C.J. and Fish J.

Referred to: *Hill v. Church of Scientology of Toronto*, [1995] 2 S.C.R. 1130.

By Deschamps J.

Applied: *McNichol v. Grandy*, [1931] S.C.R. 696; **referred to:** *WIC Radio Ltd. v. Simpson*, 2008 SCC 40, [2008] 2 S.C.R. 420; *Grant v. Torstar Corp.*, 2009 SCC 61, [2009] 3 S.C.R. 640; *Gaskin v. Retail Credit Co.*, [1965] S.C.R. 297; *Hill v. Church of Scientology of Toronto*, [1995] 2 S.C.R. 1130; *Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Canadian Assn. of Internet Providers*, 2004 SCC 45, [2004] 2 S.C.R. 427; *Gambrill v. Schooley*, 93 Md. 48 (1901); *Dell Computer Corp. v. Union des consommateurs*, 2007 SCC 34, [2007] 2 S.C.R. 801; *Carter v. B.C. Federation of Foster Parents Assn.*, 2005 BCCA 398, 42 B.C.L.R. (4th) 1; *MacFadden v. Anthony*, 117 N.Y.S.2d 520 (1952); *Klein v. Biben*, 296 N.Y. 638 (1946); *Lambert v. Thomson*, [1937] O.R. 341; *Botiuk v. Toronto Free Press Publications Ltd.*, [1995] 3 S.C.R. 3; *Day v. Bream* (1837), 2 M. & Rob. 54, 174 E.R. 212; *R. v. Clerk* (1728), 1 Barn. K.B. 304, 94 E.R. 207; *Godfrey v. Demon Internet Ltd.*, [1999] 4 All E.R. 342; *Dow Jones & Co. v. Gutnick*, [2002] HCA 56, 210 C.L.R. 575; *Stanley v. Shaw*, 2006 BCCA 467, 231 B.C.A.C. 186; *Smith v. Matsqui (Dist.)* (1986), 4 B.C.L.R. (2d) 342; *Wilson v. Meyer*, 126 P.3d 276 (2005); *Pond v. General Electric Co.*, 256 F.2d 824 (1958); *Scott v. Hull*, 259 N.E.2d 160 (1970); *Byrne v. Deane*, [1937] 1 K.B. 818; *Hellar v. Bianco*, 244 P.2d 757 (1952); *Tackett v. General Motors Corp.*, 836 F.2d 1042 (1987); *Urbanchich v. Drummoyne Municipal Council* (1991), Aust. Torts Rep. ¶81-127; *Frawley v. State of New South Wales*, [2007] NSWSC 1379 (AustLII); *Underhill v. Corser*, [2010] EWHC 1195 (BAILII); *Bunt v. Tilley*, [2006] EWHC

Biben, 296 N.Y. 638 (1946); *MacFadden c. Anthony*, 117 N.Y.S.2d 520 (1952); *Zeran c. America Online, Inc.*, 129 F.3d 327 (1997); *Barrett c. Rosenthal*, 146 P.3d 510 (2006); *Fair Housing Council of San Fernando Valley c. Roommates.Com, LLC*, 521 F.3d 1157 (2008); *Dell Computer Corp. c. Union des consommateurs*, 2007 CSC 34, [2007] 2 R.C.S. 801; *Hill c. Église de scientologie de Toronto*, [1995] 2 R.C.S. 1130; *WIC Radio Ltd. c. Simpson*, 2008 CSC 40, [2008] 2 R.C.S. 420; *Reno c. American Civil Liberties Union*, 521 U.S. 844 (1997); *Barrick Gold Corp. c. Lopehandia* (2004), 71 O.R. (3d) 416; *Botiuk c. Toronto Free Press Publications Ltd.*, [1995] 3 R.C.S. 3; *Knupffer c. London Express Newspaper, Ltd.*, [1944] A.C. 116; *Butler c. Southam Inc.*, 2001 NSCA 121, 197 N.S.R. (2d) 97; *Bou Malhab c. Diffusion Métromédia CMR inc.*, 2011 CSC 9, [2011] 1 R.C.S. 214.

Citée par la juge en chef McLachlin et le juge Fish

Arrêt mentionné : *Hill c. Église de scientologie de Toronto*, [1995] 2 R.C.S. 1130.

Citée par la juge Deschamps

Arrêt appliqué : *McNichol c. Grandy*, [1931] R.C.S. 696; **arrêts mentionnés :** *WIC Radio Ltd. c. Simpson*, 2008 CSC 40, [2008] 2 R.C.S. 420; *Grant c. Torstar Corp.*, 2009 CSC 61, [2009] 3 R.C.S. 640; *Gaskin c. Retail Credit Co.*, [1965] R.C.S. 297; *Hill c. Église de scientologie de Toronto*, [1995] 2 R.C.S. 1130; *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Assoc. canadienne des fournisseurs Internet*, 2004 CSC 45, [2004] 2 R.C.S. 427; *Gambrill c. Schooley*, 93 Md. 48 (1901); *Dell Computer Corp. c. Union des consommateurs*, 2007 CSC 34, [2007] 2 R.C.S. 801; *Carter c. B.C. Federation of Foster Parents Assn.*, 2005 BCCA 398, 42 B.C.L.R. (4th) 1; *MacFadden c. Anthony*, 117 N.Y.S.2d 520 (1952); *Klein c. Biben*, 296 N.Y. 638 (1946); *Lambert c. Thomson*, [1937] O.R. 341; *Botiuk c. Toronto Free Press Publications Ltd.*, [1995] 3 R.C.S. 3; *Day c. Bream* (1837), 2 M. & Rob. 54, 174 E.R. 212; *R. c. Clerk* (1728), 1 Barn. K.B. 304, 94 E.R. 207; *Godfrey c. Demon Internet Ltd.*, [1999] 4 All E.R. 342; *Dow Jones & Co. c. Gutnick*, [2002] HCA 56, 210 C.L.R. 575; *Stanley c. Shaw*, 2006 BCCA 467, 231 B.C.A.C. 186; *Smith c. Matsqui (Dist.)* (1986), 4 B.C.L.R. (2d) 342; *Wilson c. Meyer*, 126 P.3d 276 (2005); *Pond c. General Electric Co.*, 256 F.2d 824 (1958); *Scott c. Hull*, 259 N.E.2d 160 (1970); *Byrne c. Deane*, [1937] 1 K.B. 818; *Hellar c. Bianco*, 244 P.2d 757 (1952); *Tackett c. General Motors Corp.*, 836 F.2d 1042 (1987); *Urbanchich c. Drummoyne Municipal Council* (1991), Aust. Torts Rep. ¶81-127; *Frawley c. State of New South Wales*, [2007] NSWSC 1379 (AustLII); *Underhill c. Corser*, [2010] EWHC 1195

407, [2006] 3 All E.R. 336; *Metropolitan International Schools Ltd. v. Designtecnica Corpn.*, [2009] EWHC 1765, [2011] 1 W.L.R. 1743; *Zeran v. America Online, Inc.*, 129 F.3d 327 (1997); *Barrett v. Rosenthal*, 146 P.3d 510 (2006); *Fair Housing Council of San Fernando Valley v. Roommates.Com, LLC*, 521 F.3d 1157 (2008); *Islam Expo Ltd. v. The Spectator (1828) Ltd.*, [2010] EWHC 2011 (BAILII); *Jameel v. Wall Street Journal Europe SPRL*, [2006] UKHL 44, [2007] 1 A.C. 359.

Statutes and Regulations Cited

Communications Decency Act of 1996, 47 U.S.C. §230 (1996).
Libel and Slander Act, R.S.B.C. 1996, c. 263, s. 2.
Supreme Court Rules, B.C. Reg. 221/90, r. 18A.

Authors Cited

Balkin, Jack M. “The Future of Free Expression in a Digital Age” (2009), 36 *Pepp. L. Rev.* 427.
 Baynham, Bryan G., and Daniel J. Reid. “The Modern-Day Soapbox: Defamation in the Age of the Internet”, in *Defamation Law: Materials prepared for the Continuing Legal Education seminar, Defamation Law 2010*. Vancouver: Continuing Legal Education Society of British Columbia, 2010.
 Boivin, Denis W. “Accommodating Freedom of Expression and Reputation in the Common Law of Defamation” (1996-1997), 22 *Queen’s L.J.* 229.
 Brown, Raymond E. *Brown on Defamation: Canada, United Kingdom, Australia, New Zealand, United States*, vols. 1 and 2, 2nd ed. Toronto: Carswell, 1994 (loose-leaf updated 2011, release 3).
 Collins, Matthew. *The Law of Defamation and the Internet*, 3rd ed. New York: Oxford University Press, 2010.
 Dalal, Anjali. “Protecting Hyperlinks and Preserving First Amendment Values on the Internet” (2011), 13 *U. Pa. J. Const. L.* 1017.
 Danay, Robert. “The Medium is not the Message: Reconciling Reputation and Free Expression in Cases of Internet Defamation” (2010), 56 *McGill L.J.* 1.
Gatley on Libel and Slander, 11th ed. by Patrick Milmo and W. V. H. Rogers. London: Sweet & Maxwell, 2008.
 Iacobucci, Frank. “Recent Developments Concerning Freedom of Speech and Privacy in the Context of Global Communications Technology” (1999), 48 *U.N.B.L.J.* 189.
 Klar, Lewis N. *Tort Law*, 4th ed. Toronto: Thomson Carswell, 2008.
 Lidsky, Lyrixa Barnett. “Silencing John Doe: Defamation & Discourse in Cyberspace” (2000), 49 *Duke L.J.* 855.

(BAILII); *Bunt c. Tilley*, [2006] EWHC 407, [2006] 3 All E.R. 336; *Metropolitan International Schools Ltd. c. Designtecnica Corpn.*, [2009] EWHC 1765, [2011] 1 W.L.R. 1743; *Zeran c. America Online, Inc.*, 129 F.3d 327 (1997); *Barrett c. Rosenthal*, 146 P.3d 510 (2006); *Fair Housing Council of San Fernando Valley c. Roommates.Com, LLC*, 521 F.3d 1157 (2008); *Islam Expo Ltd. c. The Spectator (1828) Ltd.*, [2010] EWHC 2011 (BAILII); *Jameel c. Wall Street Journal Europe SPRL*, [2006] UKHL 44, [2007] 1 A.C. 359.

Lois et règlements cités

Communications Decency Act of 1996, 47 U.S.C. §230 (1996).
Libel and Slander Act, R.S.B.C. 1996, ch. 263, art. 2.
Supreme Court Rules, B.C. Reg. 221/90, r. 18A.

Doctrine citée

Balkin, Jack M. « The Future of Free Expression in a Digital Age » (2009), 36 *Pepp. L. Rev.* 427.
 Baynham, Bryan G., and Daniel J. Reid. « The Modern-Day Soapbox : Defamation in the Age of the Internet », in *Defamation Law : Materials prepared for the Continuing Legal Education seminar, Defamation Law 2010*. Vancouver : Continuing Legal Education Society of British Columbia, 2010.
 Boivin, Denis W. « Accommodating Freedom of Expression and Reputation in the Common Law of Defamation » (1996-1997), 22 *Queen’s L.J.* 229.
 Brown, Raymond E. *Brown on Defamation : Canada, United Kingdom, Australia, New Zealand, United States*, vols. 1 and 2, 2nd ed. Toronto : Carswell, 1994 (loose-leaf updated 2011, release 3).
 Collins, Matthew. *The Law of Defamation and the Internet*, 3rd ed. New York : Oxford University Press, 2010.
 Dalal, Anjali. « Protecting Hyperlinks and Preserving First Amendment Values on the Internet » (2011), 13 *U. Pa. J. Const. L.* 1017.
 Danay, Robert. « The Medium is not the Message : Reconciling Reputation and Free Expression in Cases of Internet Defamation » (2010), 56 *R.D. McGill* 1.
Gatley on Libel and Slander, 11th ed. by Patrick Milmo and W. V. H. Rogers. London : Sweet & Maxwell, 2008.
 Iacobucci, Frank. « Recent Developments Concerning Freedom of Speech and Privacy in the Context of Global Communications Technology » (1999), 48 *R.D. U.N.-B.* 189.
 Klar, Lewis N. *Tort Law*, 4th ed. Toronto : Thomson Carswell, 2008.

- Linden, Allen M., and Bruce Feldthusen. *Canadian Tort Law*, 8th ed. Markham, Ont.: LexisNexis Butterworths, 2006.
- Lindsay, David. *Liability for the Publication of Defamatory Material via the Internet*, Research Paper No. 10. Melbourne: University of Melbourne, Centre for Media, Communications and Information Technology Law, 2000.
- Osborne, Philip H. *The Law of Torts*, 4th ed. Toronto: Irwin Law, 2011.
- Ross, June. "The Common Law of Defamation Fails to Enter the Age of the *Charter*" (1996), 35 *Alta. L. Rev.* 117.
- Sableman, Mark. "Link Law Revisited: Internet Linking Law at Five Years" (2001), 16 *Berkeley Tech. L.J.* 1273.
- Streeter, Jeremy. "The 'Deception Exception': A New Approach to Section 2(b) Values and Its Impact on Defamation Law" (2003), 61 *U.T. Fac. L. Rev.* 79.
- Lidsky, Lyrrisa Barnett. « Silencing John Doe : Defamation & Discourse in Cyberspace » (2000), 49 *Duke L.J.* 855.
- Linden, Allen M., and Bruce Feldthusen. *Canadian Tort Law*, 8th ed. Markham, Ont. : LexisNexis Butterworths, 2006.
- Lindsay, David. *Liability for the Publication of Defamatory Material via the Internet*, Research Paper No. 10. Melbourne : University of Melbourne, Centre for Media, Communications and Information Technology Law, 2000.
- Osborne, Philip H. *The Law of Torts*, 4th ed. Toronto : Irwin Law, 2011.
- Ross, June. « The Common Law of Defamation Fails to Enter the Age of the *Charter* » (1996), 35 *Alta. L. Rev.* 117.
- Sableman, Mark. « Link Law Revisited : Internet Linking Law at Five Years » (2001), 16 *Berkeley Tech. L.J.* 1273.
- Streeter, Jeremy. « The "Deception Exception" : A New Approach to Section 2(b) Values and Its Impact on Defamation Law » (2003), 61 *U.T. Fac. L. Rev.* 79.
- APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Prowse, Saunders and Bauman J.J.A.), 2009 BCCA 392, 96 B.C.L.R. (4th) 315, 311 D.L.R. (4th) 647, 276 B.C.A.C. 105, 468 W.A.C. 105, 69 C.C.L.T. (3d) 66, [2010] 2 W.W.R. 271, [2009] B.C.J. No. 1832 (QL), 2009 CarswellBC 2401, affirming a decision of Kelleher J., 2008 BCSC 1424, 88 B.C.L.R. (4th) 395, 61 C.C.L.T. (3d) 148, [2009] 1 W.W.R. 482, [2008] B.C.J. No. 2012 (QL), 2008 CarswellBC 2237. Appeal dismissed.
- Donald J. Jordan, Q.C., and Robert A. Kasting, for the appellants.*
- Daniel W. Burnett and Harvey S. Delaney, for the respondent.*
- Wendy Matheson, Andrew Bernstein and Molly Reynolds, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.*
- Richard G. Dearden and Wendy J. Wagner, for the intervener the Samuelson-Glushko Canadian Internet Policy and Public Interest Clinic.*
- William C. McDowell, Marguerite F. Ethier and Naomi D. Loewith, for the intervener NetCoalition.*
- POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (les juges Prowse, Saunders et Bauman), 2009 BCCA 392, 96 B.C.L.R. (4th) 315, 311 D.L.R. (4th) 647, 276 B.C.A.C. 105, 468 W.A.C. 105, 69 C.C.L.T. (3d) 66, [2010] 2 W.W.R. 271, [2009] B.C.J. No. 1832 (QL), 2009 CarswellBC 2401, qui a confirmé une décision du juge Kelleher, 2008 BCSC 1424, 88 B.C.L.R. (4th) 395, 61 C.C.L.T. (3d) 148, [2009] 1 W.W.R. 482, [2008] B.C.J. No. 2012 (QL), 2008 CarswellBC 2237. Pourvoi rejeté.
- Donald J. Jordan, c.r., et Robert A. Kasting, pour les appelants.*
- Daniel W. Burnett et Harvey S. Delaney, pour l'intimé.*
- Wendy Matheson, Andrew Bernstein et Molly Reynolds, pour l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles.*
- Richard G. Dearden et Wendy J. Wagner, pour l'intervenante la Clinique d'intérêt public et de politique d'internet du Canada Samuelson-Glushko.*
- William C. McDowell, Marguerite F. Ethier et Naomi D. Loewith, pour l'intervenante NetCoalition.*

Roy W. Millen, for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association.

Robert S. Anderson, Q.C., and *Ludmila B. Herbst*, for the interveners the Canadian Newspaper Association, Ad IDEM/Canadian Media Lawyers Association, Magazines Canada, Canadian Journalists for Free Expression, the Writers' Union of Canada, the Professional Writers Association of Canada, PEN Canada and the Canadian Publishers' Council.

The judgment of Binnie, LeBel, Abella, Charron, Rothstein and Cromwell JJ. was delivered by

[1] ABELLA J. — To succeed in an action for defamation, the plaintiff must prove on a balance of probabilities that the defamatory words were published, that is, that they were “communicated to at least one person other than the plaintiff” (*Grant v. Torstar Corp.*, 2009 SCC 61, [2009] 3 S.C.R. 640, at para. 28).

[2] A hyperlink is a device routinely used in articles on the Internet whereby a word or phrase is identified, often with underlining, as being a portal to additional, related information. Clicking on the hyperlink connects the reader to that information.

[3] The legal issue in this appeal is whether hyperlinks that connect to allegedly defamatory material can be said to “publish” that material.

I. Background

[4] Wayne Crookes is the President and sole shareholder of West Coast Title Search Ltd. He brought a series of lawsuits against those he claimed were responsible for allegedly defamatory articles published on a number of websites, arguing that the articles represented a “smear campaign” against him and other members of the Green Party of Canada.

Roy W. Millen, pour l'intervenante l'Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique.

Robert S. Anderson, c.r., et *Ludmila B. Herbst*, pour les intervenants l'Association canadienne des journaux, Ad IDEM/Canadian Media Lawyers Association, Magazines Canada, Journalistes canadiens pour la liberté d'expression, Writers' Union of Canada, Professional Writers Association of Canada, PEN Canada et Canadian Publishers' Council.

Version française du jugement des juges Binnie, LeBel, Abella, Charron, Rothstein et Cromwell rendu par

[1] LA JUGE ABELLA — Pour avoir gain de cause dans une action en diffamation, le demandeur doit établir suivant la prépondérance des probabilités que les mots diffamatoires ont été diffusés, c'est-à-dire qu'ils ont été « communiqués à au moins une personne autre que le demandeur » (*Grant c. Torstar Corp.*, 2009 CSC 61, [2009] 3 R.C.S. 640, par. 28).

[2] L'hyperlien, procédé souvent employé dans les articles sur l'Internet, permet de mettre en évidence, souvent par soulignement, un mot ou une phrase et ainsi signaler sa fonction de portail menant à des renseignements connexes supplémentaires. En cliquant sur l'hyperlien, le lecteur accède à ces renseignements.

[3] La question de droit que soulève le présent pourvoi est de savoir si l'incorporation dans un texte d'hyperliens menant à des propos prétendument diffamatoires équivaut à la « diffusion » de ces derniers.

I. Les faits

[4] Wayne Crookes est le président et l'unique actionnaire de West Coast Title Search Ltd. Il a intenté une série d'actions contre les personnes qu'il accuse d'avoir diffusé des articles diffamatoires dans un certain nombre de sites Web, alléguant que ces articles constituent une [TRADUCTION] « campagne de dénigrement » contre lui et d'autres membres du Parti vert du Canada.

[5] Jon Newton owns and operates a website in British Columbia containing commentary about various issues, including free speech and the Internet. One of the articles he posted on it was called “Free Speech in Canada”. The article contained hyperlinks to other websites, which in turn contained information about Mr. Crookes.

[6] Mr. Crookes sued Mr. Newton on the basis that two of the hyperlinks he created connected to defamatory material, and that by using those hyperlinks, Mr. Newton was publishing the defamatory information. One was a “shallow” hyperlink, which takes the reader to a webpage where articles are posted, and the other was a “deep” hyperlink, which takes the reader directly to an article (Matthew Collins, *The Law of Defamation and the Internet* (3rd ed. 2010), at para. 2.43). Both shallow and deep hyperlinks require the reader to click on the link in order to be taken to the content.

[7] The two hyperlinks, identified by underlining, were in the following excerpt from Mr. Newton’s posting:

Under new developments, . . . I’ve just met Michael Pilling, who runs OpenPolitics.ca. Based in Toronto, he, too, is being sued for defamation. This time by politician Wayne Crookes.

We’ve decided to pool some of our resources to focus more attention on the appalling state of Canada’s ancient and decrepit defamation laws and tomorrow, p2pnet will run a post from Mike [Pilling] on his troubles. He and I will also be releasing a joint press statement in the very near future. [A.R., at p. 125]

[8] OpenPolitics.ca was hyperlinked to the Open Politics website where several articles were posted and were said by Mr. Crookes to be defamatory. Wayne Crookes was hyperlinked to an allegedly defamatory article called “Wayne Crookes”, published anonymously on the website www.USGovernetics.com.

[9] Mr. Crookes wrote to Mr. Newton asking him to remove the two hyperlinks. When he got

[5] Jon Newton possède et exploite en Colombie-Britannique un site Web commentant divers sujets, dont la question de la liberté d’expression dans le contexte de l’Internet. L’un des articles qui y figuraient, intitulé « *Free Speech in Canada* » (« La liberté d’expression au Canada »), comprenait des hyperliens menant à d’autres sites Web dans lesquels se trouvaient des renseignements au sujet de M. Crookes.

[6] M. Crookes a poursuivi M. Newton, alléguant que deux des hyperliens créés par ce dernier renvoyaient à des propos diffamatoires et qu’il avait ainsi diffusé de l’information diffamatoire à son égard. L’un des hyperliens est un lien « simple », c’est-à-dire qu’il amène le lecteur à une page Web où les articles sont affichés, alors que l’autre est un lien « profond », c’est-à-dire qu’il amène le lecteur directement à un article (Matthew Collins, *The Law of Defamation and the Internet* (3^e éd. 2010), par. 2.43). Dans les deux cas, le lecteur doit cliquer sur le lien pour accéder au contenu.

[7] Les deux hyperliens, mis en évidence par soulignement, figuraient dans le passage suivant d’un article affiché par M. Newton :

[TRADUCTION] Pour ce qui est des récents développements, [. . .] je viens de rencontrer Michael Pilling, qui dirige OpenPolitics.ca. Établi à Toronto, il fait lui aussi l’objet d’une action en diffamation. Cette fois, c’est le politicien Wayne Crookes qui a intenté la poursuite.

Nous avons décidé de mettre en commun certaines de nos ressources pour attirer davantage l’attention sur l’état lamentable des règles vétustes et décrépites qui s’appliquent en matière de diffamation au Canada; demain, un article de Mike [Pilling] décrivant ses problèmes paraîtra sur p2pnet. Lui et moi publierons aussi très bientôt un communiqué de presse conjoint. [d.a., p. 125]

[8] L’hyperlien OpenPolitics.ca menait au site Web Open Politics, où plusieurs articles étaient affichés, articles qui, selon M. Crookes, étaient diffamatoires. L’hyperlien Wayne Crookes menait à un article prétendument diffamatoire intitulé « Wayne Crookes » et publié de façon anonyme sur le site Web www.USGovernetics.com.

[9] M. Crookes a écrit à M. Newton pour lui demander de supprimer les deux hyperliens.

no response, Mr. Crookes' lawyer wrote to Mr. Newton, repeating the request. Mr. Newton refused to remove the hyperlinks.

[10] Mr. Crookes sued Mr. Newton for defamation in British Columbia. He did not allege that anything on Mr. Newton's webpage was itself defamatory. Rather, he argued that by creating hyperlinks to the allegedly defamatory articles, or by refusing to remove those hyperlinks when told of their defamatory character, Mr. Newton himself became a publisher of the articles. By then, Mr. Newton's article had been "viewed" 1,788 times. There is no information in the record about whether, or how many times, the hyperlinks themselves had been clicked on or followed.

[11] At trial, Kelleher J. concluded that the mere creation of a hyperlink in a website does not lead to a presumption that someone actually used the hyperlink to access the impugned words (2008 BCSC 1424, 88 B.C.L.R. (4th) 395). He agreed with Mr. Newton's submission that hyperlinks were analogous to footnotes since they only refer to another source without repeating it. Since there was no repetition, there was no publication. And in the absence of evidence that anyone other than Mr. Crookes used the links and read the words to which they linked, there could not be a finding of publication.

[12] In the Court of Appeal, Saunders J.A., with whom Bauman J.A. concurred, held that the appeal should be dismissed (2009 BCCA 392, 96 B.C.L.R. (4th) 315). Agreeing with the trial judge, she found that reference to an article containing defamatory comments without repetition of the comments themselves is analogous to a footnote or a card index in a library and should not be found to constitute republication of the defamation. While some words in an article may suggest that a particular hyperlink is an "encouragement or invitation" to view the impugned site, she saw no such encouragement or invitation in this case. She also

Comme il ne recevait pas de réponse, son avocat a lui aussi écrit à M. Newton pour lui faire la même demande. En bout de ligne, ce dernier a refusé de supprimer les hyperliens.

[10] M. Crookes a intenté une action en diffamation contre M. Newton en Colombie-Britannique. Il n'alléguait pas que le contenu de la page Web de M. Newton était lui-même diffamatoire. Il faisait plutôt valoir qu'en créant des hyperliens menant à des articles prétendument diffamatoires ou en refusant de supprimer ceux-ci après que leur nature diffamatoire lui avait été signalée, M. Newton en était lui-même devenu diffuseur. À cette époque, l'article de M. Newton avait été « vu » 1 788 fois. Le dossier n'indique pas si les hyperliens eux-mêmes ont été suivis ou activés, ou, le cas échéant, combien de fois ils l'ont été.

[11] Au procès, le juge Kelleher a conclu que la simple création d'un hyperlien dans un site Web n'entraînait pas une présomption qu'on avait effectivement utilisé cet hyperlien pour accéder aux mots en cause (2008 BCSC 1424, 88 B.C.L.R. (4th) 395). Il a retenu l'argument de M. Newton selon lequel les hyperliens s'apparentaient à des notes de bas de page puisqu'ils ne faisaient que renvoyer à une autre source sans toutefois en répéter le contenu. Sans répétition, il ne pouvait y avoir eu diffusion. Par surcroît, en l'absence de toute preuve établissant que qui que ce soit d'autre que M. Crookes avait suivi les liens et lu les mots auxquels ils menaient, il était impossible de conclure qu'il y avait eu diffusion.

[12] En Cour d'appel, la juge Saunders, à l'opinion de laquelle a souscrit le juge Bauman, a statué qu'il y avait lieu de rejeter l'appel (2009 BCCA 392, 96 B.C.L.R. (4th) 315). Partageant l'avis du juge de première instance, elle a conclu que le renvoi à un article contenant des propos diffamatoires sans toutefois que les propos eux-mêmes ne soient repris dans l'article était assimilable à une note de bas de page ou à une fiche de bibliothèque, et qu'on ne saurait le considérer comme une rediffusion de ces derniers. Selon elle, il peut arriver que certains mots d'un article donnent à penser qu'un hyperlien donné constitue [TRADUCTION]

refused to accept that the number of “hits” on the article itself was a sufficient basis for drawing an inference that a third party had read the defamatory words (paras. 89 and 92).

[13] Prowse J.A. dissented. While she agreed that the mere fact that Mr. Newton had created hyperlinks to the impugned sites did not make him a publisher of the material found at the hyperlinked sites, she did not accept the “footnote analogy” as being dispositive of the publication issue (para. 60). In her view, the fact that Mr. Newton’s website had been viewed 1,788 times made it “unlikely” that no one had followed the hyperlinks and read the impugned articles (para. 70). Moreover, the context of Mr. Newton’s article suggests that readers were in fact encouraged or invited to click on the links. In her view, therefore, there was publication.

[14] In British Columbia, pursuant to the *Libel and Slander Act*, R.S.B.C. 1996, c. 263, publication is deemed to have occurred in certain situations. There is, however, no such presumption in relation to material published on the Internet. Nonetheless, Mr. Crookes argued that when a hyperlink has been inserted on a webpage, it should be *presumed* that the content to which the hyperlink connects has been brought to the knowledge of a third party and has therefore been published. For the reasons that follow, I would not only reject such a presumption, I would conclude that a hyperlink, by itself, should never be seen as “publication” of the content to which it refers.

[15] Mr. Crookes also complains that the Court of Appeal imposed too high a burden of proof, essentially requiring direct evidence that a third party followed the hyperlink to the allegedly defamatory content. This, he claims, deprives him of the ability to rely on an inference that at least one person followed one of the impugned hyperlinks to the

« un encouragement ou une invitation » à se rendre au site visé, mais elle a conclu que ce n’était pas le cas en l’espèce. Elle s’est aussi refusée à voir dans le nombre d’« appels de fichier » relativement à l’article lui-même un fondement suffisant pour inférer qu’un tiers avait lu les mots diffamatoires (par. 89 et 92).

[13] La juge Prowse a, quant à elle, exposé des motifs dissidents. Convenant que le seul fait d’avoir créé des hyperliens menant aux sites en cause ne faisait pas de M. Newton un diffuseur du contenu de ceux-ci, elle a néanmoins refusé de considérer que [TRADUCTION] « l’analogie de la note de bas de page » était suffisante pour trancher la question (par. 60). Selon elle, il était « peu probable », compte tenu du fait que le site Web de M. Newton avait été vu 1 788 fois, que personne n’ait suivi les hyperliens et lu les articles en cause (par. 70). En outre, il ressortait du contexte dans lequel s’inscrivait l’article de M. Newton qu’en fait il encourageait ou invitait les lecteurs à cliquer sur les liens. Elle était donc d’avis qu’il y avait eu diffusion.

[14] En Colombie-Britannique, la *Libel and Slander Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 263, crée une présomption de diffusion dans certaines situations. Toutefois, une telle présomption n’existe pas à l’égard de propos diffusés par le biais de l’Internet. M. Crookes a soutenu néanmoins que l’insertion d’un hyperlien dans une page Web devait faire *présumer* que le contenu auquel il menait avait été porté à la connaissance de tiers et qu’en conséquence il avait été diffusé. Pour les motifs qui suivent, je suis non seulement d’avis qu’il y a lieu d’écarter une telle présomption, mais je conclus en outre qu’un hyperlien, en lui-même, ne devrait jamais être assimilé à la « diffusion » du contenu auquel il renvoie.

[15] M. Crookes fait également valoir que la Cour d’appel a imposé un fardeau de preuve trop onéreux, exigeant essentiellement la preuve directe qu’un tiers avait accédé au contenu prétendument diffamatoire en suivant l’hyperlien. Il soutient que cela l’empêche de s’appuyer sur la déduction qu’au moins une personne a suivi l’un des hyperliens

allegedly defamatory content, and that the defamatory meaning has therefore been published. (See *Gaskin v. Retail Credit Co.*, [1965] S.C.R. 297.) In view of my conclusion that hyperlinking is not, in and of itself, publication, there is no need to address this argument.

II. Analysis

[16] To prove the publication element of defamation, a plaintiff must establish that the defendant has, *by any act*, conveyed defamatory meaning to a single third party who has received it (*McNichol v. Grandy*, [1931] S.C.R. 696, at p. 699). Traditionally, the form the defendant's act takes and the manner in which it assists in causing the defamatory content to reach the third party are irrelevant:

There are no limitations on the manner in which defamatory matter may be published. Any act which has the effect of transferring the defamatory information to a third person constitutes a publication.

(*Stanley v. Shaw*, 2006 BCCA 467, 231 B.C.A.C. 186, at para. 5, citing Raymond E. Brown, *The Law of Defamation in Canada* (2nd ed.), vol. 1, at No. 7.3.)

See also *Hiltz and Seamone Co. v. Nova Scotia (Attorney General)* (1997), 164 N.S.R. (2d) 161 (S.C.), at para. 21, aff'd in part (1999), 173 N.S.R. (2d) 341 (C.A.); *Grant*, at para. 119; "*Truth*" (*N.Z.*) *Ltd. v. Holloway*, [1960] 1 W.L.R. 997 (P.C.); *Lambert v. Thomson*, [1937] O.R. 341 (C.A.), per Rowell C.J.O.; *Pullman v. Walter Hill & Co.*, [1891] 1 Q.B. 524 (C.A.), at p. 527, per Lord Esher M.R.

[17] Mr. Crookes argues that, under this definition, a person who includes a hyperlink on a webpage has "published" any defamatory remarks to which the hyperlink leads, because that person has done an act which "has the effect of transferring the defamatory information" to any third person who clicks on the link.

[18] Under this sole disseminator/sole reader paradigm, the breadth of activity captured by the

en cause pour accéder au contenu diffamatoire et qu'il y a donc eu diffusion de propos ayant un sens diffamatoire. (Voir *Gaskin c. Retail Credit Co.*, [1965] R.C.S. 297.) Vu ma conclusion que la création d'un hyperlien ne constitue pas en soi de la diffusion, il n'est pas nécessaire d'examiner cet argument.

II. Analyse

[16] Pour établir, dans le cadre d'une action en diffamation, qu'il y a eu diffusion des propos visés, le demandeur doit prouver que le défendeur a, *par le biais d'un acte quelconque*, transmis des propos diffamatoires à au moins un tiers, qui les a reçus (*McNichol c. Grandy*, [1931] R.C.S. 696, p. 699). Traditionnellement, la forme que revêt cet acte et la façon dont il contribue à permettre au tiers d'y accéder sont dénuées de pertinence :

[TRADUCTION] La façon dont l'information diffamatoire peut être diffusée ne connaît aucune limite. Tout acte qui a pour effet de transférer cette information à un tiers constitue donc de la diffusion.

(*Stanley c. Shaw*, 2006 BCCA 467, 231 B.C.A.C. 186, par. 5, citant Raymond E. Brown, *The Law of Defamation in Canada* (2^e éd.), vol. 1, No. 7.3.)

Voir aussi *Hiltz and Seamone Co. c. Nova Scotia (Attorney General)* (1997), 164 N.S.R. (2d) 161 (C.S.), par. 21, conf. en partie par (1999), 173 N.S.R. (2d) 341 (C.A.); *Grant*, par. 119; « *Truth* » (*N.Z.*) *Ltd. c. Holloway*, [1960] 1 W.L.R. 997 (C.P.); *Lambert c. Thomson*, [1937] O.R. 341 (C.A.), le juge en chef Rowell; *Pullman c. Walter Hill & Co.*, [1891] 1 Q.B. 524 (C.A.), p. 527, le lord Esher M.R.

[17] M. Crookes soutient que suivant cette définition la personne qui incorpore un hyperlien dans une page Web a « diffusé » toute remarque diffamatoire à laquelle mène celui-ci, étant donné qu'elle a accompli un acte qui [TRADUCTION] « a pour effet de transférer l'information diffamatoire » à tout tiers qui clique sur l'hyperlien.

[18] Suivant ce modèle du disséminateur unique/lecteur unique, le champ d'activités visé par la

traditional publication rule is vast. In *R. v. Clerk* (1728), 1 Barn. K.B. 304, 94 E.R. 207, for example, a printer's servant, whose only role in an act of publication was to "clap down" the printing press, was found responsible for the libels contained in that publication, despite the fact that he was not aware of the contents (p. 207). In *Hird v. Wood* (1894), 38 S.J. 234 (C.A.), pointing at a sign displaying defamatory words was held to be evidence of publication. Other cases have also held that acts merely facilitating communication can amount to publication: see, e.g., *Buchanan v. Jennings*, [2004] UKPC 36, [2005] 1 A.C. 115; *Polson v. Davis*, 635 F.Supp. 1130 (D. Kan. 1986), aff'd 895 F.2d 705 (10th Cir. 1990); *Crain v. Lightner*, 364 S.E.2d 778 (W. Va. 1987), at p. 785; and *Spike v. Golding* (1895), 27 N.S.R. 370 (S.C. *in banco*). And in *McNichol v. Grandy*, the defendant was found to be liable when he raised his voice and made defamatory statements that were overheard by someone in another room.

[19] The publication rule has also captured the following range of conduct:

[The defamatory meaning] may be communicated directly by the defendant either orally, or in some written or printed form, or by way of a symbolic ceremony, dramatic pantomime, mime, brochure, gesture, handbill, letter, photograph, placard, poster, sign, or cartoon. It may be inscribed on a blackboard, posted on a mirror or a telephone pole, or placed on the wall of a building or the gable wall of the defendant's property, or on the front of a cheque, or entered in a database, or accessed on or downloaded from a website on the internet. It may appear on an ariel banner flown behind an airplane, or someone's attention may be drawn by the defendant to a poster, or a defamatory writing already in circulation. A third person may be given access to defamatory material, or defamatory matter may be left in a place where others can see it, or the defendant may request others to go to a place where the defamatory information is available to see and read it, or it may be set into motion as a result of the defendant's

règle traditionnellement applicable en matière de diffusion est très étendu. Dans *R. c. Clerk* (1728), 1 Barn. K.B. 304, 94 E.R. 207, par exemple, le tribunal a jugé que la responsabilité de l'employé d'un imprimeur, dont le seul rôle dans l'acte de diffusion consistait à [TRADUCTION] « appuyer sur » la presse, était engagée en raison des libelles que contenait l'information diffusée, et ce malgré le fait qu'il en ignorait le contenu (p. 207). Dans *Hird c. Wood* (1894), 38 S.J. 234 (C.A.), il a été jugé que montrer du doigt une pancarte sur laquelle on pouvait lire des mots diffamatoires constituait une preuve de diffusion. Dans d'autres affaires, il a également été jugé que des actes ne faisant que faciliter la communication pouvaient équivaloir à de la diffusion : voir, p. ex., *Buchanan c. Jennings*, [2004] UKPC 36, [2005] 1 A.C. 115; *Polson c. Davis*, 635 F.Supp. 1130 (D. Kan. 1986), conf. par 895 F.2d 705 (10th Cir. 1990); *Crain c. Lightner*, 364 S.E.2d 778 (W. Va. 1987), p. 785; et *Spike c. Golding* (1895), 27 N.S.R. 370 (C.S. *in banco*). En outre, dans *McNichol c. Grandy*, la responsabilité du défendeur a été retenue parce qu'il avait élevé la voix et tenu des propos diffamatoires qui avaient été entendus par une personne se trouvant dans une autre pièce.

[19] La règle en matière de diffusion vise également l'ensemble des comportements qui suivent :

[TRADUCTION] [Le sens diffamatoire] peut être communiqué directement par le défendeur, oralement ou sous une forme écrite ou imprimée quelconque, ou encore par le biais d'une manifestation symbolique, d'une pantomime, d'une mimique, d'une brochure, d'un geste, d'un feuillet, d'une lettre, d'une photographie, d'une pancarte, d'une affiche, d'un écriteau ou d'une caricature. Il peut être inscrit sur un tableau ou affiché sur un miroir ou un poteau de téléphone, ou paraître sur le mur d'un immeuble ou le mur pignon de la maison du défendeur, figurer sur un chèque, être saisi dans une base de données ou consulté sur un site Web dans l'Internet ou téléchargé d'un tel site. Il peut figurer sur une bannière tirée par un avion, ou encore le défendeur peut attirer l'attention d'une personne sur une affiche ou d'un texte diffamatoire déjà en circulation. Le défendeur peut donner accès à des propos diffamatoires à un tiers ou laisser ces derniers dans un endroit où d'autres personnes pourront les voir, ou il peut inviter d'autres personnes à se rendre à un

death. In each case there is a publication. [Footnotes omitted.]

(Raymond E. Brown, *Brown on Defamation* (2nd ed. (loose-leaf)), at para. 7.3)

[20] Defendants obtained some relief from the rule's significant breadth with the development of the "innocent dissemination" defence, which protects "those who play a secondary role in the distribution system, such as news agents, booksellers, and libraries": Allen M. Linden and Bruce Feldthusen, *Canadian Tort Law* (8th ed. 2006), at pp. 783-84; see also *Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Canadian Assn. of Internet Providers*, 2004 SCC 45, [2004] 2 S.C.R. 427 ("SOCAN"), at para. 89; Philip H. Osborne, *The Law of Torts* (4th ed. 2011), at p. 411. Such "subordinate distributors" may escape liability by showing that they "have no actual knowledge of an alleged libel, are aware of no circumstances to put them on notice to suspect a libel, and committed no negligence in failing to find out about the libel" (*SOCAN*, at para. 89; *Vizetelly v. Mudie's Select Library, Ltd.*, [1900] 2 Q.B. 170 (C.A.), at p. 180; Brown, at para. 7.12(6)(c); and also *Sun Life Assurance Co. of Canada v. W. H. Smith and Son Ltd.* (1934), 150 L.T. 211 (C.A.), at pp. 212-14).

[21] Recently, jurisprudence has emerged suggesting that some acts are so passive that they should not be held to be publication. In *Bunt v. Tilley*, [2006] EWHC 407, [2006] 3 All E.R. 336 (Q.B.), considering the potential liability of an Internet service provider, the court held that in order to hold someone liable as a publisher, "[i]t is not enough that a person merely plays a passive instrumental role in the process"; there must be "knowing involvement in the process of publication of the relevant words" (para. 23 (emphasis in original); see also *Metropolitan International Schools Ltd. v. Designtecnica Corpn.*, [2009] EWHC 1765, [2011] 1 W.L.R. 1743 (Q.B.)).

endroit où elles pourront voir ou lire les renseignements diffamatoires; par ailleurs, la diffamation peut avoir lieu par suite du décès du défendeur. Dans chaque cas, il y a une diffusion. [Notes en bas de page omises.]

(Raymond E. Brown, *Brown on Defamation* (2^e éd. (feuilles mobiles)), par. 7.3)

[20] Il est arrivé que des défendeurs échappent en partie à la portée étendue de la règle grâce à l'élaboration du moyen de défense fondé sur la « diffusion de bonne foi » dont peuvent se prévaloir [TRADUCTION] « ceux qui n'ont qu'un rôle secondaire dans le réseau de distribution, tels que les distributeurs de journaux, les librairies et les bibliothèques » : Allen M. Linden et Bruce Feldthusen, *Canadian Tort Law* (8^e éd. 2006), p. 783-784; voir aussi *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Assoc. canadienne des fournisseurs Internet*, 2004 CSC 45, [2004] 2 R.C.S. 427 (« SOCAN »), par. 89; Philip H. Osborne, *The Law of Torts* (4^e éd. 2011), p. 411. De tels « distributeurs accessoires » peuvent se dégager de leur responsabilité en prouvant qu'ils « n'ont aucune connaissance de la diffamation alléguée, n'ont aucune raison de supposer son existence et n'ont pas fait preuve de négligence en ne la découvrant pas » (*SOCAN*, par. 89; *Vizetelly c. Mudie's Select Library, Ltd.*, [1900] 2 Q.B. 170 (C.A.), p. 180; Brown, par. 7.12(6)(c); et aussi *Sun Life Assurance Co. of Canada c. W. H. Smith and Son Ltd.* (1934), 150 L.T. 211 (C.A.), p. 212-214).

[21] Des décisions récentes semblent indiquer que certains actes sont si passifs qu'ils ne devraient même pas être considérés comme de la diffusion. Dans *Bunt c. Tilley*, [2006] EWHC 407, [2006] 3 All E.R. 336 (B.R.), la cour a conclu, au sujet de l'éventuelle responsabilité d'un fournisseur de services Internet, qu'[TRADUCTION] « [i]l ne suffit pas que la personne prenne part au processus en n'y jouant qu'un rôle passif » pour que sa responsabilité puisse être engagée en tant que diffuseur; elle doit « prendre part en connaissance de cause au processus de diffusion des mots pertinents » (par. 23 (en italique dans l'original); voir aussi *Metropolitan International Schools Ltd. c. Designtecnica Corpn.*, [2009] EWHC 1765, [2011] 1 W.L.R. 1743 (B.R.)).

[22] Acknowledging these developments, the question on this appeal is whether a simple reference — like a hyperlink — to defamatory information is the type of act that can constitute publication. Some helpful guidance on this point is available in two American cases. In *Klein v. Biben*, 296 N.Y. 638 (1946), the New York Court of Appeals decided that a statement saying “For more details about [the plaintiff], see the Washington News Letter in The American Hebrew, May 12, 1944” (p. 639) was not a republication of the May 12 libel.

[23] And in *MacFadden v. Anthony*, 117 N.Y.S.2d 520 (Sup. Ct. 1952), a complaint of defamation was dismissed in a case where a radio host “called attention to [an allegedly defamatory] article in Collier’s Magazine” (p. 521). Relying on *Klein*, the court concluded that referring to the article was neither a republication nor a publication of the libel.

[24] These cases were relied on in *Carter v. B.C. Federation of Foster Parents Assn.*, 2005 BCCA 398, 42 B.C.L.R. (4th) 1, where the plaintiff alleged that, by mentioning the Internet address of an online discussion forum, the publisher of a newsletter was responsible for republishing defamatory comments published on that site. Relying on *MacFadden* and *Klein* for the proposition that “reference to an article containing defamatory comment without repetition of the comment itself should not be found to be a republication of such defamatory comment” (para. 12), Hall J.A. held that there was no publication.

[25] I agree with this approach. It avoids a formalistic application of the traditional publication rule and recognizes the importance of the communicative and expressive function in referring to other sources. Applying such a rule to hyperlinks, as the reasons of Justice Deschamps demonstrate, has the effect of creating a presumption of liability

[22] Compte tenu de ces développements, la question que soulève le présent pourvoi est de savoir si le simple fait de renvoyer à de l’information diffamatoire — tel celui d’incorporer un hyperlien dans son texte — est le genre d’acte susceptible de constituer de la diffusion. À cet égard, deux décisions américaines peuvent nous éclairer. Dans *Klein c. Biben*, 296 N.Y. 638 (1946), la Cour d’appel de New York a jugé que la déclaration ci-après n’équivalait pas à une rediffusion du libelle du 12 mai 1944, dont il était question : [TRADUCTION] « Pour plus de détails au sujet [du demandeur], se reporter à la Washington News Letter dans The American Hebrew, 12 mai 1944 » (p. 639).

[23] Dans *MacFadden c. Anthony*, 117 N.Y.S.2d 520 (Sup. Ct. 1952), la cour a rejeté une action en diffamation intentée contre un animateur de radio qui avait [TRADUCTION] « attiré l’attention sur [un article prétendument diffamatoire] paru dans le Collier’s Magazine » (p. 521). Se fondant sur *Klein*, la cour a conclu que le fait de renvoyer à l’article n’équivalait pas à diffuser ou rediffuser le libelle.

[24] Ces décisions ont été citées dans l’affaire *Carter c. B.C. Federation of Foster Parents Assn.*, 2005 BCCA 398, 42 B.C.L.R. (4th) 1, où le demandeur alléguait qu’en mentionnant l’adresse Internet d’un forum de discussion en ligne l’éditeur d’un bulletin avait rediffusé les commentaires diffamatoires figurant dans le site et ainsi engagé sa responsabilité. Invoquant le principe établi dans *MacFadden* et *Klein* selon lequel le seul fait de [TRADUCTION] « renvoyer à un article contenant des propos diffamatoires sans toutefois reprendre les propos eux-mêmes ne saurait être considéré comme une rediffusion de ces derniers » (par. 12), le juge Hall a conclu à l’absence de diffusion.

[25] Je souscris à cette approche, qui permet d’éviter une application formaliste de la règle traditionnelle en matière de diffusion et reconnaît l’importance de la fonction de communication et d’expression du renvoi à d’autres sources. Comme il ressort des motifs de la juge Deschamps, l’application d’une telle règle aux hyperliens a pour effet de

for all hyperlinkers, an untenable situation in my view.

[26] A reference to other content is fundamentally different from other acts involved in publication. Referencing on its own does not involve exerting *control* over the content. Communicating something is very different from merely communicating that something exists or where it exists. The former involves dissemination of the content, and suggests control over both the content and whether the content will reach an audience at all, while the latter does not. Even where the goal of the person referring to a defamatory publication is to expand that publication's audience, his or her participation is merely ancillary to that of the initial publisher: with or without the reference, the allegedly defamatory information has already been made available to the public by the initial publisher or publishers' acts. These features of references distinguish them from acts in the publication process like creating or posting the defamatory publication, and from repetition.

[27] Hyperlinks are, in essence, references. By clicking on the link, readers are directed to other sources. Hyperlinks may be inserted with or without the knowledge of the operator of the site containing the secondary article. Because the content of the secondary article is often produced by someone other than the person who inserted the hyperlink in the primary article, the content on the other end of the link can be changed at any time by whoever controls the secondary page. Although the primary author controls whether there is a hyperlink and what article that word or phrase is linked to, inserting a hyperlink gives the primary author no control over the content in the secondary article to which he or she has linked. (See David Lindsay, *Liability for the Publication of Defamatory Material via the Internet* (2000), at pp. 14 and 78-79; Collins, at paras. 2.42 to 2.43 and 5.42.)

créer une présomption de responsabilité à l'égard de tous ceux qui incorporent des hyperliens dans leurs textes, ce qui crée à mon avis une situation intenable.

[26] Le fait de renvoyer à un contenu étranger à son texte diffère fondamentalement d'autres actes relevant de la diffusion car il ne comporte pas, en soi, l'exercice d'un *contrôle* sur ce contenu. La communication d'une information diffère nettement de la simple mention que l'information existe ou encore de l'endroit où elle se trouve. Contrairement à la simple mention de son existence, la communication d'une information consiste en la dissémination du contenu, et elle suppose l'existence d'un contrôle à la fois sur ce dernier et sur l'existence même d'un auditoire. Même si la personne qui renvoie à une publication diffamatoire a pour but d'en élargir l'auditoire, sa participation n'est qu'accessoire à celle du diffuseur initial : que cette personne y ait renvoyé ou non, l'information prétendument diffamatoire a déjà été mise à la disposition du public par le biais des actes du diffuseur initial. Ces caractéristiques du renvoi le distinguent autant des actes posés dans le cadre du processus de diffusion, tels la création ou l'affichage de la publication diffamatoire, que de la répétition.

[27] Les hyperliens constituent essentiellement des renvois. En cliquant sur le lien, les lecteurs sont dirigés vers d'autres sources. Les hyperliens peuvent être incorporés dans l'article en cause tantôt au su, tantôt à l'insu de l'exploitant du site renfermant l'article secondaire. Il arrive souvent que le contenu de l'article secondaire a été produit par une personne autre que celle qui a créé l'hyperlien dans l'article de fond. Dans un tel cas, ce contenu peut être modifié à n'importe quel moment par celui qui contrôle la page secondaire. L'auteur d'un article a certes la faculté d'y incorporer ou non un hyperlien et, s'il décide de le faire, de déterminer à quoi il mènera. Cela dit, le seul fait d'incorporer un hyperlien dans un article de fond ne confère pas à l'auteur de celui-ci un quelconque contrôle sur le contenu de l'article secondaire auquel il mène. (Voir David Lindsay, *Liability for the Publication of Defamatory Material via the Internet* (2000), p. 14 et 78-79; Collins, par. 2.42 à 2.43 et 5.42.)

[28] These features — that a person who refers to other content generally does not participate in its *creation* or *development* — serve to insulate from liability those involved in Internet communications in the United States: see *Communications Decency Act of 1996*, 47 U.S.C. §230 (1996); see also Jack M. Balkin, “The Future of Free Expression in a Digital Age” (2009), 36 *Pepp. L. Rev.* 427, at pp. 433-34; *Zeran v. America Online, Inc.*, 129 F.3d 327 (4th Cir. 1997); *Barrett v. Rosenthal*, 146 P.3d 510 (Cal. 2006); *Fair Housing Council of San Fernando Valley v. Roommates.Com, LLC*, 521 F.3d 1157 (9th Cir. 2008).

[29] Although the person selecting the content to which he or she wants to link might *facilitate* the transfer of information (a traditional hallmark of publication), it is equally clear that when a person follows a link they are leaving one source and moving to another. In my view, then, it is the actual creator or poster of the defamatory words in the secondary material who is publishing the libel when a person follows a hyperlink to that content. The ease with which the referenced content can be accessed does not change the fact that, by hyperlinking, an individual is referring the reader to other content. (See *Dell Computer Corp. v. Union des consommateurs*, 2007 SCC 34, [2007] 2 S.C.R. 801, at paras. 97-102.)

[30] Hyperlinks thus share the same relationship with the content to which they refer as do references. Both communicate that something exists, but do not, by themselves, communicate its content. And they both require some act on the part of a third party before he or she gains access to the content. The fact that access to that content is far easier with hyperlinks than with footnotes does not change the reality that a hyperlink, by itself, is content-neutral — it expresses no opinion, nor does it have any control over, the content to which it refers.

[31] This interpretation of the publication rule better accords with our Court’s recent jurisprudence on defamation law. This Court has recognized that

[28] Ces caractéristiques — à savoir qu’en général la personne qui renvoie à un contenu étranger à son texte ne participe ni à sa *création*, ni à son *élaboration* — sont ce qui exonère de responsabilité ceux qui œuvrent dans le domaine des communications Internet aux États-Unis : voir *Communications Decency Act of 1996*, 47 U.S.C. §230 (1996); voir également Jack M. Balkin, « The Future of Free Expression in a Digital Age » (2009), 36 *Pepp. L. Rev.* 427, p. 433-434; *Zeran c. America Online, Inc.*, 129 F.3d 327 (4th Cir. 1997); *Barrett c. Rosenthal*, 146 P.3d 510 (Cal. 2006); *Fair Housing Council of San Fernando Valley c. Roommates.Com, LLC*, 521 F.3d 1157 (9th Cir. 2008).

[29] Même si la personne qui choisit le contenu visé par le lien peut se trouver à *faciliter* le transfert de l’information (une caractéristique classique de la diffusion), il est tout aussi clair que la personne qui suit le lien quitte une source pour se rendre à une autre. Ainsi, selon moi, c’est la personne même qui crée ou affiche les mots diffamatoires dans le contenu secondaire qui se trouve à diffuser le libelle lorsqu’une personne prend connaissance de ce contenu par le biais d’un hyperlien. La facilité avec laquelle on peut accéder au contenu visé par l’hyperlien ne change pas le fait que celui qui crée l’hyperlien renvoie le lecteur à un autre contenu. (Voir *Dell Computer Corp. c. Union des consommateurs*, 2007 CSC 34, [2007] 2 R.C.S. 801, par. 97-102.)

[30] L’hyperlien remplit donc la même fonction que le renvoi à l’égard du contenu auquel il mène. En effet, l’un et l’autre signalent l’existence d’une information sans toutefois en communiquer le contenu, et ils obligent le tiers qui souhaite prendre connaissance de ce dernier à poser un certain acte avant de pouvoir le faire. Qu’il soit beaucoup plus facile d’accéder au contenu d’un texte par le biais d’hyperliens que par des notes de bas de page ne change rien au fait que l’hyperlien en lui-même est neutre sur le plan du contenu — il n’exprime aucune opinion et il n’exerce aucun contrôle sur le contenu auquel il renvoie.

[31] Cette interprétation de la règle en matière de diffusion cadre mieux avec la jurisprudence récente de notre Cour en droit de la diffamation.

what is at stake in an action for defamation is not only an individual's interest in protecting his or her reputation, but also the public's interest in protecting freedom of expression: *Hill v. Church of Scientology of Toronto*, [1995] 2 S.C.R. 1130.

[32] Pre-*Charter* approaches to defamation law in Canada largely leaned towards protecting reputation. That began to change when the Court modified the “honest belief” element to the fair comment defence in *WIC Radio Ltd. v. Simpson*, 2008 SCC 40, [2008] 2 S.C.R. 420, and when, in *Grant*, the Court developed a defence of responsible communication on matters of public interest. These cases recognize the importance of achieving a proper balance between protecting an individual's reputation and the foundational role of freedom of expression in the development of democratic institutions and values (*Grant*, at para. 1; *Hill*, at para. 101).

[33] Interpreting the publication rule to exclude mere references not only accords with a more sophisticated appreciation of *Charter* values, but also with the dramatic transformation in the technology of communications. See June Ross, “The Common Law of Defamation Fails to Enter the Age of the *Charter*” (1996), 35 *Alta. L. Rev.* 117; see also Jeremy Streeter, “The ‘Deception Exception’: A New Approach to Section 2(b) Values and Its Impact on Defamation Law” (2003), 61 *U.T. Fac. L. Rev.* 79; Denis W. Boivin, “Accommodating Freedom of Expression and Reputation in the Common Law of Defamation” (1996-1997), 22 *Queen's L.J.* 229; Lewis N. Klar, *Tort Law* (4th ed. 2008), at pp. 746-47; Robert Danay, “The Medium is not the Message: Reconciling Reputation and Free Expression in Cases of Internet Defamation” (2010), 56 *McGill L.J.* 1; the Hon. Frank Iacobucci, “Recent Developments Concerning Freedom of Speech and Privacy in the Context of Global Communications Technology” (1999), 48 *U.N.B.L.J.* 189; *Reno v. American Civil Liberties Union*, 521 U.S. 844 (1997), at p. 870.

En effet, notre Cour a reconnu que ce n'est pas uniquement l'intérêt d'un individu à protéger sa réputation qui est en jeu dans une action en diffamation, mais également l'intérêt du public à protéger la liberté d'expression : *Hill c. Église de scientologie de Toronto*, [1995] 2 R.C.S. 1130.

[32] Au Canada, avant l'avènement de la *Charte*, les diverses façons d'aborder le droit de la diffamation menaient largement vers la protection de la réputation. Cette situation a commencé à changer lorsque notre Cour a modifié, dans *WIC Radio Ltd. c. Simpson*, 2008 CSC 40, [2008] 2 R.C.S. 420, l'élément de la défense de commentaire loyal ayant trait à la « croyance honnête », et lorsqu'elle a établi, dans *Grant*, le moyen de défense de communication responsable concernant des questions d'intérêt public. Dans ces arrêts, notre Cour a reconnu l'importance d'établir un juste équilibre entre la protection de la réputation d'une personne et le rôle fondamental de la liberté d'expression dans l'évolution des institutions et des valeurs démocratiques (*Grant*, par. 1; *Hill*, par. 101).

[33] Interpréter la règle en matière de diffusion de façon à exclure les simples renvois est compatible non seulement avec une appréciation plus raffinée des valeurs protégées par la *Charte*, mais également avec les développements spectaculaires dans le domaine de la technologie des communications. Voir June Ross, « The Common Law of Defamation Fails to Enter the Age of the *Charter* » (1996), 35 *Alta. L. Rev.* 117; voir aussi Jeremy Streeter, « The “Deception Exception” : A New Approach to Section 2(b) Values and Its Impact on Defamation Law » (2003), 61 *U.T. Fac. L. Rev.* 79; Denis W. Boivin, « Accommodating Freedom of Expression and Reputation in the Common Law of Defamation » (1996-1997), 22 *Queen's L.J.* 229; Lewis N. Klar, *Tort Law* (4^e éd. 2008), p. 746-747; Robert Danay, « The Medium is not the Message : Reconciling Reputation and Free Expression in Cases of Internet Defamation » (2010), 56 *R.D. McGill* 1; l'hon. Frank Iacobucci, « Recent Developments Concerning Freedom of Speech and Privacy in the Context of Global Communications Technology » (1999), 48 *R.D. U.N.-B.* 189; *Reno c. American Civil Liberties Union*, 521 U.S. 844 (1997), p. 870.

[34] The Internet's capacity to disseminate information has been described by this Court as "one of the great innovations of the information age" whose "use should be facilitated rather than discouraged" (*SOCAN*, at para. 40, *per* Binnie J.). Hyperlinks, in particular, are an indispensable part of its operation. As Matthew Collins explains, at para. 5.42:

Hyperlinks are the synapses connecting different parts of the world wide web. Without hyperlinks, the web would be like a library without a catalogue: full of information, but with no sure means of finding it.

(See also Lindsay, at pp. 78-79; Mark Sableman, "Link Law Revisited: Internet Linking Law at Five Years" (2001), 16 *Berkeley Tech. L.J.* 1273, at p. 1276.)

[35] The centrality of the role of hyperlinks in facilitating access to information on the Internet was also compellingly explained by Anjali Dalal in "Protecting Hyperlinks and Preserving First Amendment Values on the Internet" (2011), 13 *U. Pa. J. Const. L.* 1017:

Hyperlinks have long been understood to be critical to communication because they *facilitate* access to information. They provide visitors on one website a way to navigate to internally referenced words, phrases, arguments, and ideas. Under this view, if the Internet is an endless expanse of information where "any person . . . can become a pamphleteer" then "[h]yperlinks are the paths among websites, creating the bustling street corners for distribution of those pamphlets and inviting passersby to engage more deeply with the issues raised."

. . .

. . . While the concerns motivating cases brought against hyperlinks are often legitimate, limiting the use of links poses a significant danger to communication and future innovation. [Emphasis in original; footnotes omitted; pp. 1019 and 1022.]

[36] The Internet cannot, in short, provide access to information without hyperlinks. Limiting their

[34] Notre Cour a décrit la capacité de diffusion de l'information par l'Internet comme « l'une des grandes innovations de l'ère de l'information » et indiqué que le « recours à l'Internet doit être facilité, et non découragé » (*SOCAN*, par. 40, le juge Binnie). Les hyperliens en particulier sont un élément indispensable de son fonctionnement. Comme Matthew Collins l'explique au par. 5.42 :

[TRADUCTION] Les hyperliens sont les synapses qui raccordent les différentes parties du World Wide Web. Sans eux, le Web serait une bibliothèque sans catalogue : remplie de renseignements, mais dénuée de tout moyen sûr de trouver ceux-ci.

(Voir aussi Lindsay, p. 78-79; Mark Sableman, « Link Law Revisited : Internet Linking Law at Five Years » (2001), 16 *Berkeley Tech. L.J.* 1273, p. 1276.)

[35] Le rôle vital joué par les hyperliens pour faciliter l'accès à l'information véhiculée par l'Internet a aussi été décrit de façon convaincante par Anjali Dalal dans son article intitulé « Protecting Hyperlinks and Preserving First Amendment Values on the Internet » (2011), 13 *U. Pa. J. Const. L.* 1017 :

[TRADUCTION] On considère depuis longtemps les hyperliens comme un outil essentiel à la communication parce qu'ils *facilitent* l'accès à l'information. En effet, ils offrent aux visiteurs d'un site Web un moyen de se rendre aux mots, phrases, arguments et idées auxquels il est fait référence. De ce point de vue, si l'Internet est un univers informatif illimité où « toute personne [. . .] peut devenir pamphlétaire », alors les « [h]yperliens sont les sentiers qui relient les sites Web, créant les intersections animées où on peut distribuer ses pamphlets et inviter les passants à discuter plus en profondeur des questions soulevées. »

. . .

. . . Il arrive souvent que les préoccupations à l'origine des poursuites se rapportant aux hyperliens soient tout à fait légitimes, mais restreindre l'utilisation des liens pose un danger substantiel pour la communication et l'innovation. [En italique dans l'original; notes en bas de page omises; p. 1019 et 1022.]

[36] En bref, l'Internet ne peut donner accès à l'information sans les hyperliens. Or, limiter

usefulness by subjecting them to the traditional publication rule would have the effect of seriously restricting the flow of information and, as a result, freedom of expression. The potential “chill” in how the Internet functions could be devastating, since primary article authors would unlikely want to risk liability for linking to another article over whose changeable content they have no control. Given the core significance of the role of hyperlinking to the Internet, we risk impairing its whole functioning. Strict application of the publication rule in these circumstances would be like trying to fit a square archaic peg into the hexagonal hole of modernity.

[37] I do not for a moment wish to minimize the potentially harmful impacts of defamatory speech on the Internet. Nor do I resile from asserting that individuals’ reputations are entitled to vigorous protection from defamatory comments. It is clear that “the right to free expression does not confer a licence to ruin reputations” (*Grant*, at para. 58). Because the Internet is a powerful medium for all kinds of expression, it is also a potentially powerful vehicle for expression that is defamatory. In *Barrick Gold Corp. v. Lopehandia* (2004), 71 O.R. (3d) 416 (C.A.), at para. 32, Blair J.A. recognized the Internet’s “tremendous power” to harm reputation, citing with approval the following excerpt from Lyrissa Barnett Lidsky, “Silencing John Doe: Defamation & Discourse in Cyberspace” (2000), 49 *Duke L.J.* 855, at pp. 863-64:

Although Internet communications may have the ephemeral qualities of gossip with regard to accuracy, they are communicated through a medium more pervasive than print, and for this reason they have tremendous power to harm reputation. Once a message enters cyberspace, millions of people worldwide can gain access to it. Even if the message is posted in a discussion forum frequented by only a handful of people,

l’utilité de ces derniers en les assujettissant à la règle traditionnellement applicable en matière de diffusion aurait pour effet de gravement restreindre la circulation de l’information et, partant, la liberté d’expression. L’« effet paralysant » que cela serait susceptible d’avoir sur le fonctionnement de l’Internet pourrait être lourd de conséquences désastreuses, car il est peu probable que les auteurs d’articles de fond consentiraient à courir le risque d’engager leur responsabilité en incorporant dans leurs articles des liens menant à d’autres articles dont le contenu peut changer tout à fait indépendamment de leur volonté. Compte tenu de l’importance capitale du rôle des hyperliens dans l’Internet, nous risquerions de compromettre le fonctionnement de l’Internet dans son ensemble. L’application stricte de la règle en matière de diffusion dans ces circonstances reviendrait à s’efforcer de faire entrer une cheville carrée archaïque dans le trou hexagonal de la modernité.

[37] Loin de moi l’idée de minimiser les effets préjudiciables que pourrait avoir la diffusion de propos diffamatoires par le biais de l’Internet. Je ne reviens pas non plus sur l’affirmation que chacun peut obtenir que sa réputation soit vigoureusement protégée contre de tels propos. Il est clair que « la liberté d’expression n’autorise pas à ternir les réputations » (*Grant*, par. 58). Parce qu’il constitue un moyen d’expression si puissant, l’Internet peut s’avérer un véhicule extrêmement efficace pour exprimer des propos diffamatoires. Dans *Barrick Gold Corp. c. Lopehandia* (2004), 71 O.R. (3d) 416 (C.A.), par. 32, le juge Blair a reconnu [TRADUCTION] « l’énorme pouvoir » de l’Internet de porter atteinte à la réputation, citant avec approbation le passage suivant d’un article de Lyrissa Barnett Lidsky, « Silencing John Doe : Defamation & Discourse in Cyberspace » (2000), 49 *Duke L.J.* 855, p. 863-864 :

[TRADUCTION] Bien que, du point de vue de l’exactitude, elles puissent avoir les qualités éphémères du comérage, les communications par Internet sont transmises par le biais d’un médium beaucoup plus répandu que la presse écrite, et c’est ce qui leur confère l’énorme pouvoir de porter atteinte à la réputation de quelqu’un. Une fois lancé dans le cyberespace, un message peut être lu par des millions d’individus dans le monde entier. Même

any one of them can republish the message by printing it or, as is more likely, by forwarding it instantly to a different discussion forum. And if the message is sufficiently provocative, it may be republished again and again. The extraordinary capacity of the Internet to replicate almost endlessly any defamatory message lends credence to the notion that “the truth rarely catches up with a lie”. The problem for libel law, then, is how to protect reputation without squelching the potential of the Internet as a medium of public discourse. [Blair J.A.’s emphasis deleted.]

[38] New activities on the Internet and the greater potential for anonymity amplify even further the ease with which a reputation can be harmed online:

The rapid expansion of the Internet coupled with the surging popularity of social networking services like Facebook and Twitter has created a situation where everyone is a potential publisher, including those unfamiliar with defamation law. A reputation can be destroyed in the click of a mouse, an anonymous email or an ill-timed Tweet.

(Bryan G. Baynham, Q.C., and Daniel J. Reid, “The Modern-Day Soapbox: Defamation in the Age of the Internet”, in *Defamation Law: Materials prepared for the Continuing Legal Education seminar, Defamation Law 2010* (2010), at p. 3.1.1)

[39] But I am not persuaded that exposing mere hyperlinks to the traditional publication rule ultimately protects reputation. A publication is defamatory if it both refers to the plaintiff and conveys a defamatory meaning: *Grant*, at para. 28. These inquiries depend, respectively, on whether the words used or “the circumstances attending the publication are such as[] would lead reasonable persons to understand that it was the plaintiff to whom the defendant referred” (Brown, at para. 6.1), and whether the words would “ten[d] to lower a person in the estimation of right-thinking members of society” (*Botiuk v. Toronto Free Press Publications Ltd.*, [1995] 3 S.C.R. 3, at para. 62). Defamatory meaning in the words may be discerned from “all

si le message est affiché dans un forum de discussion qui n’est fréquenté que par un nombre restreint de personnes, chacune d’elles peut le diffuser à son tour en l’imprimant ou — ce qui est plus probable — en le transmettant instantanément à un autre forum de discussion. Et si le message est suffisamment provocateur, il peut être diffusé à répétition. La capacité extraordinaire de l’Internet de reproduire presque à l’infini n’importe quel message diffamatoire vient renforcer la notion selon laquelle « la vérité rattrape rarement le mensonge ». Le problème qui se pose, du point de vue du droit relatif à la diffamation, est donc de savoir comment protéger la réputation sans détruire le potentiel de l’Internet en tant qu’espace de débat public. [Italique et soulignement du juge Blair omis.]

[38] Les nouveautés qui font leur apparition sur l’Internet et la possibilité accrue de conserver l’anonymat permettent avec encore plus de facilité de porter atteinte à la réputation de quelqu’un en ligne :

[TRADUCTION] L’expansion rapide de l’Internet, jumelée à la vague de popularité que connaissent les services de réseautage social comme Facebook et Twitter, fait de chaque individu, y compris celui qui ne connaît rien au droit de la diffamation, un diffuseur en puissance. Une réputation peut être anéantie par un simple clic de souris, un courriel anonyme ou un *tweet* inopportun.

(Bryan G. Baynham, c.r., et Daniel J. Reid, « The Modern-Day Soapbox : Defamation in the Age of the Internet », dans *Defamation Law : Materials prepared for the Continuing Legal Education seminar, Defamation Law 2010* (2010), p. 3.1.1)

[39] Je ne suis toutefois pas convaincue qu’en bout de ligne le fait de soumettre de simples hyperliens à la règle traditionnellement applicable en matière de diffusion protège la réputation. Il y a diffamation si les mots en cause visent le demandeur et s’ils transmettent un sens diffamatoire : *Grant*, par. 28. Pour le savoir, il faut se demander, d’une part, si les mots employés ou [TRADUCTION] « les circonstances entourant la publication sont telles que des personnes raisonnables en comprendraient que c’est au demandeur que le défendeur faisait référence » (Brown, par. 6.1) et, d’autre part, si les mots « tend[ent] à diminuer une personne dans l’estime des membres bien pensants de la société » (*Botiuk c. Toronto Free Press Publications Ltd.*, [1995] 3 R.C.S.

the circumstances of the case, including any reasonable implications the words may bear, the context in which the words are used, the audience to whom they were published and the manner in which they were presented” (*Botiuk*, at para. 62, citing *Brown* (2nd ed. 1994), at p. 1-15). (See *Brown*, at paras. 5.2, 5.4(1)(a) and 6.1; *Knupffer v. London Express Newspaper, Ltd.*, [1944] A.C. 116 (H.L.); *Butler v. Southam Inc.*, 2001 NSCA 121, 197 N.S.R. (2d) 97; *Bou Malhab v. Diffusion Métromédia CMR inc.*, 2011 SCC 9, [2011] 1 S.C.R. 214, at paras. 63 and 112.)

[40] Where a defendant uses a reference in a manner that *in itself* conveys defamatory meaning about the plaintiff, the plaintiff’s ability to vindicate his or her reputation depends on having access to a remedy against that defendant. In this way, individuals may attract liability for hyperlinking if the manner in which they have referred to content conveys defamatory meaning; not because they have created a reference, but because, understood in context, they have actually *expressed* something defamatory (*Collins*, at paras. 7.06 to 7.08 and 8.20 to 8.21). This might be found to occur, for example, where a person places a reference in a text that repeats defamatory content from a secondary source (*Carter*, at para. 12).

[41] Preventing plaintiffs from suing those who have merely referred their readers to other sources that may contain defamatory content and not expressed defamatory meaning about the plaintiffs will not leave them unable to vindicate their reputations. As previously noted, when a hyperlinker creates a link, he or she gains no control over the content linked to. If a plaintiff wishes to prevent further publications of the defamatory content, his or her most effective remedy lies with the person who actually created and controls the content.

[42] Making reference to the existence and/or location of content by hyperlink or otherwise, without more, is not publication of that content.

3, par. 62). Le sens diffamatoire des mots peut se dégager de [TRADUCTION] « toutes les circonstances de l’affaire, dont les répercussions que les termes peuvent raisonnablement avoir, le contexte dans lequel ils sont utilisés, l’auditoire à qui ils sont destinés et la façon dont ils ont été présentés » (*Botiuk*, par. 62, citant *Brown* (2^e éd. 1994), p. 1-15). (Voir *Brown*, par. 5.2, 5.4(1)(a) et 6.1; *Knupffer c. London Express Newspaper, Ltd.*, [1944] A.C. 116 (H.L.); *Butler c. Southam Inc.*, 2001 NSCA 121, 197 N.S.R. (2d) 97; *Bou Malhab c. Diffusion Métromédia CMR inc.*, 2011 CSC 9, [2011] 1 R.C.S. 214, par. 63 et 112.)

[40] Dans le cas où le défendeur utilise un renvoi dans son texte d’une façon qui *elle-même* transmet un sens diffamatoire à propos du demandeur, celui-ci ne pourra défendre sa réputation que s’il lui est possible d’exercer un recours contre le défendeur. Ainsi, il se peut que le défendeur voie sa responsabilité engagée pour avoir mis un hyperlien dans son texte si la façon dont il a renvoyé au contenu visé transmet un sens diffamatoire; en d’autres termes, non pas parce qu’il a créé un renvoi, mais plutôt parce que, pris dans son contexte, le renvoi se trouve à *exprimer* un sens diffamatoire (*Collins*, par. 7.06 à 7.08 et 8.20 à 8.21). On pourrait conclure qu’il en est ainsi, par exemple, dans le cas où une personne incorpore dans son texte un renvoi qui répète le contenu diffamatoire d’une source secondaire (*Carter*, par. 12).

[41] Empêcher que des poursuites ne soient intentées contre des personnes qui ont simplement renvoyé leurs lecteurs à d’autres sources pouvant contenir des propos diffamatoires et qui n’ont pas elles-mêmes tenu de propos dont le sens était diffamatoire à l’égard des personnes qui se disent lésées ne prive pas ces dernières de la possibilité de défendre leur réputation. Comme je l’ai déjà dit, celui qui crée un hyperlien n’obtient aucun contrôle sur le contenu auquel il renvoie. Le meilleur moyen de faire cesser la diffusion d’un contenu diffamatoire est d’intenter une poursuite contre la personne qui en est l’auteur et en a le contrôle.

[42] Le fait de mentionner l’existence d’un contenu et/ou l’endroit où il se trouve par le biais d’un hyperlien ou de toute autre façon, sans plus,

Only when a hyperlinker presents content from the hyperlinked material in a way that actually repeats the defamatory content, should that content be considered to be “published” by the hyperlinker. Such an approach promotes expression and respects the realities of the Internet, while creating little or no limitations to a plaintiff’s ability to vindicate his or her reputation. While a mere reference to another source should not fall under the wide breadth of the traditional publication rule, the rule itself and the limits of the one writer/any act/one reader paradigm may deserve further scrutiny in the future.

[43] I am aware that distinctions can be drawn between hyperlinks, such as the deep and shallow hyperlinks at issue in this case, and links that automatically display other content. The reality of the Internet means that we are dealing with the inherent and inexorable fluidity of evolving technologies. As a result, it strikes me as unwise in these reasons to attempt to anticipate, let alone comprehensively address, the legal implications of the varieties of links that are or may become available. Embedded or automatic links, for example, may well prove to be of consequence in future cases, but these differences were not argued in this case or addressed in the courts below, and therefore need not be addressed here.

III. Application

[44] Nothing on Mr. Newton’s page is itself alleged to be defamatory. The impugned conduct in this case is Mr. Newton’s insertion of hyperlinks on his webpage. Mr. Crookes’ argument is that by linking to webpages and websites containing allegedly defamatory content, Mr. Newton has published that defamatory content. Since in my view the use of a hyperlink cannot, by itself, amount to publication even if the hyperlink is followed

ne revient pas à le diffuser. Ce n’est que lorsque la personne qui crée l’hyperlien présente les propos auxquels ce dernier renvoie d’une façon qui, en fait, répète le contenu diffamatoire, que celui-ci doit être considéré comme ayant été « diffusé » par elle. Une telle conception favorise l’expression et respecte la nature de l’Internet tout en minimisant, voire éliminant toute atteinte à la capacité de chacun de défendre sa réputation. Bien que le simple renvoi à une autre source ne doive pas être visé par la portée étendue de la règle traditionnellement applicable en matière de diffusion, il y aurait intérêt à faire, dans l’avenir, un examen plus approfondi de la règle elle-même et des limites du modèle auteur unique/tout acte/lecteur unique.

[43] Je suis bien consciente du fait qu’il est possible d’établir des distinctions entre les hyperliens — tels les hyperliens profonds et les hyperliens simples comme ceux qui nous occupent en l’espèce — et les liens qui affichent automatiquement un autre contenu. La réalité de l’Internet a pour conséquence que nous sommes confrontés à la fluidité inhérente et inexorable de technologies en pleine évolution. Par conséquent, j’estime qu’il serait mal avisé, dans les présents motifs, de tenter d’anticiper, et à plus forte raison de vider complètement, la question des conséquences juridiques des divers types de liens qui existent déjà ou qui feront leur apparition. Les liens intégrés ou automatiques, par exemple, peuvent fort bien porter à conséquence dans des affaires à venir, mais ces différences n’ont fait l’objet d’aucun débat dans le cadre de la présente affaire et n’ont pas été analysées devant les tribunaux inférieurs; il n’est donc pas nécessaire d’en tenir compte pour les fins qui nous occupent.

III. Application

[44] Rien dans la page Web de M. Newton n’est en soi présenté comme étant diffamatoire. La conduite reprochée à M. Newton est plutôt d’avoir incorporé des hyperliens dans sa page Web. En effet, M. Crookes fait valoir qu’en créant des liens menant à des pages et des sites Web renfermant du contenu prétendument diffamatoire, M. Newton se trouvait à diffuser ce contenu. Puisque je suis d’avis que l’utilisation d’un hyperlien ne peut, en soi, équivaloir à

and the defamatory content is accessed, Mr. Crookes' action against Mr. Newton cannot succeed. Moreover, even if Mr. Crookes had alleged that Mr. Newton should be understood, in context, to have expressed defamatory meaning, I would agree with the trial judge and the majority of the Court of Appeal that the statements containing the impugned hyperlinks on Mr. Newton's page could not be understood, even in context with the hyperlinked documents, to express any opinion — defamatory or otherwise — on Mr. Crookes or the hyperlinked content.

[45] I would dismiss the appeal with costs.

The following are the reasons delivered by

[46] THE CHIEF JUSTICE AND FISH J. — We have read the reasons of Deschamps J. and Abella J. While we agree in large part with the reasons of Abella J., we respectfully propose a different formulation of the test for when a hyperlink reference in a text constitutes publication of defamatory matter to which it links.

[47] The question, in legal terms, is when inclusion of a hyperlink in a text constitutes publication of a defamation in the hyperlinked material. Abella J. states that “a hyperlink, by itself, should never be seen as ‘publication’ of the content to which it refers” (para. 14). As justification, she notes that the hyperlinker has no control over the content referred to; the hyperlinker is not the creator of the content, and the content of the page linked to may change at any time (paras. 26-27). A hyperlink, therefore, is a reference and references are by definition “content-neutral” (para. 30).

[48] Abella J. concludes that “[o]nly when a hyperlinker presents content from the hyperlinked

de la diffusion, et ce même si on le suit en vue de consulter le contenu diffamatoire auquel il mène, l'action de M. Crookes contre M. Newton ne saurait être accueillie. En outre, même si M. Crookes avait avancé que M. Newton devait être considéré, dans le contexte, comme ayant tenu des propos diffamatoires, je suis d'accord avec le juge de première instance et les juges majoritaires de la Cour d'appel que les passages de la page Web de M. Newton comprenant les hyperliens en cause ne sauraient, même dans le contexte des documents auxquels mènent ces derniers, être considérés comme exprimant une quelconque opinion — diffamatoire ou non — au sujet de M. Crookes ou du contenu visé par les hyperliens.

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

Version française des motifs rendus par

[46] LA JUGE EN CHEF ET LE JUGE FISH — Nous avons pris connaissance des motifs des juges Deschamps et Abella. Nous souscrivons en grande partie à ceux de la juge Abella, mais proposons, avec égards, une autre formulation du critère pour décider si l'incorporation dans un texte d'un hyperlien renvoyant à des propos diffamatoires équivaut à la diffusion de ceux-ci.

[47] Sur le plan juridique, la question est de savoir dans quelles circonstances l'incorporation d'un hyperlien dans un texte équivaut à la diffusion des propos diffamatoires auxquels il renvoie. Selon la juge Abella, « un hyperlien, en lui-même, ne devrait jamais être assimilé à la “diffusion” du contenu auquel il renvoie » (par. 14). Pour justifier le bien-fondé de sa conclusion, elle fait remarquer que la personne qui crée l'hyperlien n'exerce aucun contrôle sur le contenu auquel il renvoie; elle n'est pas la créatrice du contenu, et la page à laquelle l'hyperlien renvoie peut être modifiée à tout moment (par. 26-27). L'hyperlien est donc un renvoi, qui, par définition, est « neutre sur le plan du contenu » (par. 30).

[48] La juge Abella arrive à la conclusion que « [c]e n'est que lorsque la personne qui crée l'hyperlien

material in a way that actually repeats the defamatory content, should that content be considered to be ‘published’ by the hyperlinker” (para. 42). In our view, the combined text and hyperlink may amount to publication of defamatory material in the hyperlink in some circumstances. Publication of a defamatory statement via a hyperlink should be found if the text indicates *adoption or endorsement of the content of the hyperlinked text*. If the text communicates agreement with the content linked to, then the hyperlinker should be liable for the defamatory content. The defendant must adopt or endorse the defamatory words or material; a mere general reference to a web site is not enough. Thus, defendants linking approvingly to an innocent Web site that later becomes defamatory would not be liable.

[49] Finding publication in adoption or endorsement of the defamatory material in a Web site is consistent with the general law of defamation. In *Hill v. Church of Scientology of Toronto*, [1995] 2 S.C.R. 1130, at para. 176, this Court held:

If one person writes a libel, another repeats it, and a third approves what is written, they all have made the defamatory libel. Both the person who originally utters the defamatory statement, and the individual who expresses agreement with it, are liable for the injury.

[50] In sum, in our view, a hyperlink should constitute publication if, read contextually, the text that includes the hyperlink constitutes adoption or endorsement of the specific content it links to.

[51] It is true that the traditional publication rule does not require the publisher to approve of the material published; he or she must merely communicate that material to a third party. However, the proposed adoption or endorsement standard for references is conceptually different. A mere reference without any adoption or endorsement remains that — a content-neutral reference. Adoption or

présente les propos auxquels ce dernier renvoie d’une façon qui, en fait, répète le contenu diffamatoire, que celui-ci doit être considéré comme ayant été “diffusé” par elle » (par. 42). À notre avis, la combinaison du texte et de l’hyperlien peut, dans certaines circonstances, équivaloir à la diffusion des propos diffamatoires auxquels ce dernier renvoie. Il faut conclure à la diffusion de propos diffamatoires par le biais d’un hyperlien s’il ressort du texte que l’auteur *adopte les propos auxquels l’hyperlien renvoie, ou y adhère*. Si le texte indique qu’il souscrit au contenu auquel renvoie l’hyperlien, l’auteur sera alors responsable du contenu diffamatoire. Il faut démontrer que le défendeur adopte les mots ou les propos diffamatoires, ou y adhère; le simple renvoi général à un site Web ne suffit pas. Ainsi, le défendeur qui renvoie à un site Web anodin en en approuvant le contenu ne verra pas sa responsabilité engagée si ce dernier est ultérieurement modifié par l’ajout de propos diffamatoires.

[49] Conclure à la diffusion dans les cas où l’auteur adopte les propos diffamatoires contenus dans un site Web ou y adhère est conforme aux règles générales du droit en matière de diffamation. Pour reprendre les propos de la Cour dans *Hill c. Église de scientologie de Toronto*, [1995] 2 R.C.S. 1130, par. 176 :

L’auteur d’un libelle, celui qui le répète, et celui qui approuve l’écrit, se rendent tous trois coupables de libelle diffamatoire. La personne qui prononce pour la première fois la déclaration diffamatoire et celle qui exprime son accord sont toutes deux responsables du préjudice.

[50] Bref, selon nous, l’hyperlien équivaut à de la diffusion s’il ressort du texte qui le contient, interprété en fonction de son contexte, que l’auteur adopte le contenu auquel il renvoie, ou y adhère.

[51] Certes, la règle traditionnelle en matière de diffusion n’exige pas que la personne qui diffuse le contenu approuve celui-ci; il suffit qu’elle le communique à un tiers. Or, la norme de l’adoption des propos ou l’adhésion à ceux-ci que nous proposons d’appliquer aux renvois diffère de cette règle sur le plan conceptuel. En effet, le simple renvoi à des propos sans pour autant les adopter ou y adhérer

endorsement of the content accessible by a link in the text can be understood to actually incorporate the defamatory content into the text. Thus, the content of the text comes to include the defamatory content accessed via hyperlink. The hyperlink, combined with the surrounding words and context, ceases to be a mere reference and the content to which it refers becomes part of the published text itself.

[52] We add a final comment, with an eye to future technological changes. Abella J., as noted, states that “a hyperlink, by itself, should never be seen as ‘publication’ of the content to which it refers” (para. 14). So long as it is necessary to click on a hyperlink to access its content, this may be correct. What, however, of features in which a hyperlink projects content on the page automatically, or in a separate frame, with little or no prompting from the reader? Would inclusion of such a hyperlink, by itself, amount to publication? Like the issue of embedded hyperlinks, this question is not before us and should not be taken to have been decided in this case. Like Abella J. (at para. 43), we would leave issues concerning hyperlinks of this sort to be dealt with if and when they arise.

[53] We agree with Abella J. that this appeal should be dismissed with costs.

The following are the reasons delivered by

[54] DESCHAMPS J. — This appeal offers yet another opportunity for the Court to consider the proper balance in the common law of defamation between the protection of reputation and the promotion of freedom of expression. In *WIC Radio Ltd. v. Simpson*, 2008 SCC 40, [2008] 2 S.C.R. 420, and *Grant v. Torstar Corp.*, 2009 SCC 61, [2009] 3 S.C.R. 640, the Court took incremental steps to improve this balance by recognizing

n’est rien de plus qu’un renvoi neutre sur le plan du contenu. On peut considérer que l’adoption du contenu auquel mène un lien figurant dans un texte, ou l’adhésion à ce contenu, incorpore effectivement le contenu diffamatoire dans le texte. Il en résulte donc que le texte englobe le contenu diffamatoire auquel renvoie l’hyperlien. Ainsi, l’hyperlien, conjugué aux mots et au contexte qui l’encadrent, cesse d’être un simple renvoi, et le contenu auquel il renvoie devient partie intégrante du texte qui l’incorpore.

[52] Nous tenons à ajouter un dernier commentaire, axé sur l’évolution technologique à venir. Comme le dit la juge Abella, « un hyperlien, en lui-même, ne devrait jamais être assimilé à la “diffusion” du contenu auquel il renvoie » (par. 14). Cette assertion n’a rien de faux dans la mesure où il est nécessaire de cliquer sur un hyperlien pour prendre connaissance du contenu auquel il renvoie. Mais qu’advierait-il si le contenu auquel il mène s’affichait automatiquement sur la page, ou encore dans un cadre distinct, sans intervention ou presque de la part du lecteur? L’incorporation d’un tel hyperlien dans un texte équivaldrait-elle, à elle seule, à de la diffusion? Cette question, tout comme celle des hyperliens intégrés, ne nous a pas été soumise, et il ne faut pas la considérer comme ayant été tranchée dans le cadre du présent pourvoi. À l’instar de la juge Abella (au par. 43), nous sommes d’avis qu’il convient de reporter l’étude des questions que soulèvent ces types d’hyperliens et de ne les trancher que lorsqu’elles se poseront, le cas échéant.

[53] Nous sommes d’accord avec la juge Abella qu’il convient de rejeter le pourvoi avec dépens.

Version française des motifs rendus par

[54] LA JUGE DESCHAMPS — Le présent pourvoi offre à la Cour une autre occasion de se pencher sur la question du juste équilibre entre la protection de la réputation et la promotion de la liberté d’expression dans la common law de la diffamation. Dans *WIC Radio Ltd. c. Simpson*, 2008 CSC 40, [2008] 2 R.C.S. 420, et *Grant c. Torstar Corp.*, 2009 CSC 61, [2009] 3 R.C.S. 640, la Cour a pris des mesures progressives en vue de mieux atteindre cet équilibre

and modernizing defences to liability for defamation. In the instant case, the Court must determine whether, notwithstanding these defences, the scope of conduct that may attract *prima facie* liability for defamation is itself too broad and in need of adjustment to further promote freedom of expression.

[55] Proof of publication is necessary in order to establish liability for defamation. “Publication” has an established meaning in the law of defamation. It refers to the communication of defamatory information in such a way that it is “made known to a third party”: *Gaskin v. Retail Credit Co.*, [1965] S.C.R. 297, at p. 299. Professor Brown explains that “[i]t is a bilateral act by which the publisher makes available to a reader, listener or observer in a comprehensible form the defamatory information” (R. E. Brown, *Brown on Defamation* (2nd ed. (loose-leaf)), at para. 7.2). Thus, publication has two components: (1) an act that makes the defamatory information available to a third party in a comprehensible form, and (2) the receipt of the information by a third party in such a way that it is understood.

[56] The question is whether the first component of publication needs to be reconsidered owing to the impact of new forms of communications media. In answering this question, it will of course be necessary to bear in mind the particular technological feature — the Internet hyperlink — at issue in the case at bar. At the same time, however, the answer must be adaptable to other modes of communication and to future technological change.

[57] I have read the reasons of my colleague Abella J. It is her view that the concept of publication as understood at common law needs to be altered so as to exclude references, including hyperlinks, from its scope. No longer must a reference, like any other act, simply make the defamatory information available in a comprehensible form: “Only when a hyperlinker presents content from the hyperlinked material in a way that actually

en reconnaissant et modernisant les moyens de défense opposables à une action en diffamation. En l’espèce, la Cour doit décider si, malgré ces moyens de défense, l’étendue des comportements susceptibles d’engager la responsabilité pour diffamation à première vue est elle-même trop large et s’il convient de la modifier afin de favoriser davantage la liberté d’expression.

[55] Pour établir la responsabilité pour diffamation, il est nécessaire de prouver qu’il y a eu diffusion. Le concept de « diffusion » a un sens bien établi en droit de la diffamation. Il s’agit de la communication d’information diffamatoire d’une manière telle qu’[TRADUCTION] « un tiers en prend connaissance » : *Gaskin c. Retail Credit Co.*, [1965] R.C.S. 297, p. 299. Selon le professeur Brown, [TRADUCTION] « [i]l s’agit d’un acte bilatéral par lequel le diffuseur rend disponible à un lecteur, un auditeur ou un observateur l’information diffamatoire de manière compréhensible » (R. E. Brown, *Brown on Defamation* (2^e éd. (feuilles mobiles)), par. 7.2). La diffusion comporte donc deux volets : (1) un acte qui rend disponible l’information diffamatoire à un tiers, dans un format compréhensible, et (2) la réception de l’information par le tiers, de telle sorte qu’il en comprend le sens.

[56] La question est de savoir s’il convient de réformer le premier volet de la diffusion compte tenu de l’incidence des nouveaux médias de communication. Pour répondre à cette question, il faut naturellement avoir à l’esprit l’outil technologique en cause dans la présente affaire, à savoir l’hyperlien, dans le contexte d’Internet. Cela dit, la réponse doit cependant être adaptable à d’autres formes de communication ainsi qu’aux changements technologiques à venir.

[57] J’ai lu les motifs de ma collègue la juge Abella. À son avis, il convient de modifier le concept de la diffusion en common law de manière à en exclure les renvois, dont les hyperliens. Il n’est plus suffisant que le renvoi, comme tout autre acte, rende simplement disponible l’information diffamatoire dans un format compréhensible : « Ce n’est que lorsque la personne qui crée l’hyperlien présente les propos auxquels ce dernier renvoie d’une

repeats the defamatory content, should that content be considered to be ‘published’ by the hyperlinker” (para. 42). With respect, I disagree with this approach. I have also read the reasons of the Chief Justice and Fish J. They purport to approve Abella J.’s approach but, in effect, find that there are circumstances in which hyperlinked information can lead to a finding of publication. In so doing, they depart from the bright-line rule proposed by Abella J. In order to give guidance, I would prefer to outline a rule that is consistent with the common law and the civil law of defamation and that will also accommodate future developments in Internet law.

[58] To create a specifically Canadian exception for references, which has the effect of excluding hyperlinks from the scope of the publication rule, is in my view an inadequate solution to the novel issues raised by the Internet. On the one hand, this blanket exclusion exaggerates the difference between references and other acts of publication. On the other hand, it treats all references, from footnotes to hyperlinks, alike. In so doing, it disregards the fact that references vary greatly in how they make defamatory information available to third parties and, consequently, in the harm they can cause to people’s reputations.

[59] A more nuanced approach to revising the publication rule, and one that can be applied effectively to new media, would be for the Court to hold that in Canadian law, a reference to defamatory content can satisfy the requirements of the first component of publication if it makes the defamatory information *readily available* to a third party in a comprehensible form. In addition, the Court should make it clear that not every act, but only *deliberate* acts, can lead to liability for defamation.

[60] Freedom of expression must be reconciled with the “equally important” right to reputation:

façon qui, en fait, répète le contenu diffamatoire, que celui-ci doit être considéré comme ayant été “diffusé” par elle » (par. 42). Avec égards, je ne partage pas cette approche. J’ai également lu les motifs de la Juge en chef et du juge Fish. Ils disent souscrire à l’approche adoptée par la juge Abella, mais ils acceptent qu’il existe des circonstances dans lesquelles l’information à laquelle renvoie l’hyperlien peut mener à la conclusion qu’il y a eu diffusion. Ce faisant, ils écartent la règle stricte que propose la juge Abella. Pour ma part, je préférerais, afin de poser des balises, tracer les contours d’une règle à la fois compatible avec la common law et le droit civil en matière de diffamation et assez souple pour s’appliquer aux développements du droit d’Internet à venir.

[58] La création au Canada d’une exception s’appliquant expressément aux renvois et qui a pour effet de soustraire les hyperliens à la règle en matière de diffusion constitue, selon moi, une solution inadéquate aux nouveaux problèmes soulevés par Internet. D’une part, cette exclusion générale exagère la différence qui existe entre les renvois et les autres formes de diffusion. D’autre part, elle traite tous les renvois de la même façon, qu’il s’agisse des notes de bas de page ou des hyperliens. Ce faisant, elle omet de reconnaître que les renvois varient considérablement dans la manière dont ils rendent l’information diffamatoire disponible à des tiers, et, par conséquent, dans le tort qu’ils peuvent causer à la réputation des gens.

[59] Une approche plus nuancée à la réforme de la règle en matière de diffusion, qui, au surplus, s’applique efficacement aux nouveaux médias, est de reconnaître qu’en droit canadien le renvoi à des propos diffamatoires peut répondre aux exigences du premier volet de la diffusion s’il rend l’information diffamatoire *immédiatement disponible* à un tiers, dans un format compréhensible. De plus, la Cour devrait préciser que ce ne sont pas tous les actes de l’intéressé qui sont susceptibles d’engager sa responsabilité pour diffamation, mais seulement ses actes *délibérés*.

[60] La liberté d’expression doit être conciliée avec le droit « tout aussi important » à la réputation :

Hill v. Church of Scientology of Toronto, [1995] 2 S.C.R. 1130, at para. 121. Unlike my colleague Abella J.'s approach, the one I propose gives due weight to freedom of expression yet at the same time is grounded in a recognition that even simple references to defamatory information can significantly harm a person's reputation. It would enable individuals whose reputations are so harmed to seek relief from those who, through deliberate acts, make defamatory material readily available to third parties.

[61] If the person who made the reference was unaware that the information referred to was defamatory, the defence of innocent dissemination may be available: *Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Canadian Assn. of Internet Providers*, 2004 SCC 45, [2004] 2 S.C.R. 427 (“SOCAN”), at para. 89. In addition, as the Court mentioned in *WIC* and *Grant*, defences such as fair comment and reasonable communication on matters of public interest are also available. With respect, a shortcoming in my colleague's approach is that she fails to consider the law of defamation generally, and instead focuses narrowly on one aspect of the rules governing publication. The result is problematically one-sided, as individuals who suffer harm to their reputations are left with no recourse against those who perpetuate defamatory information.

[62] A reference, devoid of context, has never amounted in law to publication of the information to which it directs the third party. To so hold would be to disregard the bilateral nature of publication. Publication is not complete until someone other than the person referred to receives and understands the defamatory information. Thus, “to shout aloud defamatory words on a desert moor where no one hears them, is not a publication” (*Gambrill v. Schooley*, 93 Md. 48 (1901), at p. 60). In the context of the Internet, a simple reference, absent evidence that someone actually viewed and understood the

Hill c. Église de scientologie de Toronto, [1995] 2 R.C.S. 1130, par. 121. Contrairement à l'approche adoptée par ma collègue la juge Abella, l'approche que je préconise accorde à la liberté d'expression toute l'importance qu'elle mérite, tout en reconnaissant que même de simples renvois à de l'information diffamatoire peuvent considérablement porter atteinte à la réputation d'une personne. Elle permet à ceux dont la réputation a été ternie de demander des comptes aux personnes qui, par des actes délibérés, rendent des propos diffamatoires immédiatement disponibles à des tiers.

[61] Dans les cas où le renvoi qu'elle fait mène à de l'information diffamatoire à son insu, la personne intéressée peut invoquer le moyen de défense fondé sur la diffusion de bonne foi : *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Assoc. canadienne des fournisseurs Internet*, 2004 CSC 45, [2004] 2 R.C.S. 427 (« SOCAN »), par. 89. De plus, comme il ressort de *WIC* et *Grant*, des moyens de défense, tels la défense du commentaire loyal et celle de la communication responsable concernant des questions d'intérêt public, peuvent également être invoqués. Avec égards, j'estime que l'approche de ma collègue comporte une lacune en ce sens qu'elle ne tient pas compte de l'ensemble des règles du droit de la diffamation; elle se concentre plutôt strictement sur un seul aspect des règles applicables en matière de diffusion. Le résultat est problématique car il est à sens unique, les personnes dont la réputation a été ternie ne disposant d'aucun recours contre celles qui perpétuent l'information diffamatoire.

[62] Un renvoi, abstraction faite du contexte dans lequel il est fait, n'a jamais, du point de vue juridique, constitué une diffusion de l'information à laquelle il fait référence. Si c'était le cas, cela reviendrait à nier la nature bilatérale de la diffusion. La diffusion n'est complète qu'à partir du moment où quelqu'un d'autre que la personne visée a reçu et compris l'information diffamatoire. Par conséquent, [TRADUCTION] « clamer des propos diffamatoires dans le désert, où personne ne peut les entendre, n'est pas une diffusion » (*Gambrill c. Schooley*, 93 Md. 48 (1901), p. 60). Dans le contexte

defamatory information to which it directs third parties, is not publication of that content.

[63] In the instant case, the respondent, Jon Newton, admits that he hyperlinked to information that the appellants, Wayne Crookes and West Coast Title Search Ltd., allege to be defamatory. In the circumstances, Mr. Newton acted as more than a mere conduit in making the hyperlinked information available. His action was deliberate. Inasmuch as one link made the allegedly defamatory material readily available, the requirements of the first component of publication are satisfied for that link. However, publication is not complete unless the plaintiff adduces evidence that satisfies, on a balance of probabilities, the requirements of the second component of publication: that a third party received and understood the information to which reference is made. I agree with the majority of the Court of Appeal that the evidence adduced with respect to the second component of publication is insufficient in this case. I would therefore dismiss the appeal with costs and add that Mr. Newton might also have been able to raise defences to liability for defamation.

I. Background

[64] Two broad types of hyperlinks can be found on Web pages. The first and most common is an ordinary link. It is always user-activated: the Internet user clicks on a link on a Web page and is transferred to another page. The second type, which is often automatic but can also be user-activated, is created by a process referred to as “framing”. Unlike with ordinary links, in the case of framing, the Internet user does not leave the original Web page: information from another Web page appears in a “frame” on the page already accessed by the user. Where the framing is automatic, the content of other pages appears simultaneously in a frame when the user accesses the primary page. Moreover, a hyperlink can be either a “shallow” link to a site’s home page or a “deep” link to a page located on

de l’Internet, le simple renvoi à de l’information diffamatoire, en l’absence de preuve que quelqu’un en a bel et bien pris connaissance et l’a comprise, ne constitue pas une diffusion de celle-ci.

[63] En l’espèce, l’intimé, Jon Newton, reconnaît avoir renvoyé par le biais d’un hyperlien à de l’information que les appelants, Wayne Crookes et West Coast Title Search Ltd., qualifient de diffamatoire. Dans les circonstances, M. Newton était plus qu’un simple intermédiaire en rendant cette information disponible. Il agissait de manière délibérée. Dans la mesure où un seul lien rendait l’information prétendument diffamatoire immédiatement disponible, les exigences du premier volet de la diffusion sont satisfaites pour ce qui est de ce lien. Toutefois, on ne peut conclure qu’il y a eu diffusion tant que le plaignant n’a pas présenté des éléments de preuve qui satisfont, selon la prépondérance des probabilités, les exigences du deuxième volet de la diffusion, à savoir qu’un tiers a reçu l’information en cause et en a compris le sens. Je partage l’opinion des juges majoritaires de la Cour d’appel que la preuve produite à l’égard du deuxième volet de la diffusion est insuffisante. Je suis donc d’avis de rejeter le pourvoi avec dépens, et je note au passage que M. Newton aurait aussi possiblement pu invoquer les moyens de défense opposables à une action en diffamation.

I. Le contexte

[64] Les hyperliens incorporés dans des pages Web appartiennent à l’une ou l’autre de deux grandes catégories. La première catégorie regroupe les liens ordinaires, qui sont les plus répandus. Il s’agit de liens activés par l’utilisateur : en cliquant sur un tel lien dans une page Web, l’utilisateur accède à une autre page. La deuxième catégorie regroupe les liens qui, de façon générale, sont automatiques, mais qui peuvent aussi être des liens activés par l’utilisateur. Ces liens sont le fruit d’un processus qu’on appelle le « cadrage ». Contrairement aux liens ordinaires, les liens qui résultent du cadrage font en sorte que l’internaute n’a pas à quitter la page Web originale : en activant un tel lien, il voit apparaître sur la page qu’il est en train de consulter un « cadre » dans lequel se trouve de l’information provenant

that site or another site. Both types of hyperlinks, as well as the distinction between shallow and deep links, have previously been referred to by the Court (*SOCAN; Dell Computer Corp. v. Union des consommateurs*, 2007 SCC 34, [2007] 2 S.C.R. 801, at para. 4; and see, generally, M. Collins, *The Law of Defamation and the Internet* (3rd ed. 2010), at para. 2.43). In addition to Web pages, a variety of other forms of Internet communications can contain hyperlinks, including e-mail messages and on-line fora. In these reasons, the terms “hyperlink” and “link” will, unless otherwise specified, be used to refer to user-activated hyperlinks.

[65] On July 18, 2006, Mr. Newton published an article on his Web site. It was entitled “Free Speech in Canada” and contained the following passage:

Under new developments, thanks to the lawsuit, I've just met Michael Pilling, who runs [OpenPolitics.ca](#). Based in Toronto, he, too, is being sued for defamation. This time by politician [Wayne Crookes](#).

We've decided to pool some of our resources to focus more attention on the appalling state of Canada's ancient and decrepit defamation laws and tomorrow, p2pnet will run a post from Mike on his troubles. He and I will also be releasing a joint press statement in the very near future. [A.R., at p. 125]

[66] The underlined text in this passage constituted hyperlinks, which Mr. Newton admits he created. The evidence indicates that “[OpenPolitics.ca](#)” was a shallow link to the Web site in question, on which, Mr. Crookes alleges, several inter-linked articles defaming him could be found. The evidence further indicates that “[Wayne Crookes](#)”

d'une autre page Web. Dans les cas où le cadrage se fait de façon automatique, le contenu d'autres pages apparaît simultanément dans un cadre au moment où l'internaute accède à la page principale. De plus, l'hyperlien peut être soit un lien « superficiel » (aussi appelé lien « simple ») menant à la page d'accueil d'un site Web, soit un lien « profond », qui mène à une autre page du site ou d'un autre site. La Cour a déjà fait référence à ces deux catégories d'hyperliens ainsi qu'à la distinction à faire entre liens superficiels et liens profonds (*SOCAN; Dell Computer Corp. c. Union des consommateurs*, 2007 CSC 34, [2007] 2 R.C.S. 801, par. 4; et, voir de façon générale, M. Collins, *The Law of Defamation and the Internet* (3^e éd. 2010), par. 2.43). Outre les pages Web, diverses autres formes de communication par Internet, notamment les courriels et les forums en ligne, peuvent contenir des hyperliens. Dans le présent pourvoi, les mots « hyperlien » et « lien » s'entendent d'hyperliens activés par l'utilisateur, sauf indication contraire.

[65] Le 18 juillet 2006, M. Newton a affiché sur son site Web un article qu'il avait rédigé et qui s'intitulait « *Free Speech in Canada* » (« La liberté d'expression au Canada »). L'article comprenait le passage suivant :

[TRADUCTION] Pour ce qui est des récents développements, qui découlent de la poursuite, je viens de rencontrer Michael Pilling, qui dirige [OpenPolitics.ca](#). Établi à Toronto, il fait lui aussi l'objet d'une action en diffamation. Cette fois, c'est le politicien [Wayne Crookes](#) qui a intenté la poursuite.

Nous avons décidé de mettre en commun certaines de nos ressources pour attirer davantage l'attention sur l'état lamentable des règles vétustes et décrépit qui s'appliquent en matière de diffamation au Canada; demain, un article de Mike décrivant ses problèmes paraîtra sur p2pnet. Lui et moi publierons aussi très bientôt un communiqué de presse conjoint. [d.a., p. 125]

[66] Les mots soulignés dans ce passage sont des hyperliens que M. Newton reconnaît avoir créés. Il ressort de la preuve que « [OpenPolitics.ca](#) » était un lien superficiel menant au site Web même où, selon M. Crookes, figuraient plusieurs articles interreliés qui, toujours à ses dires, portaient atteinte à sa réputation. Il ressort également

was a deep link to an article on another Web site, www.USGovernetics.com, that Mr. Crookes also alleges to be defamatory. These impugned hyperlinks were among seven different links contained in Mr. Newton's article and were both preceded and followed by other hyperlinks. All the hyperlinks and the information to which they referred the user could be accessed by the public on line without restrictions.

[67] On August 18, 2006, Mr. Crookes wrote to Mr. Newton and demanded that the hyperlinks "OpenPolitics.ca" and "[Wayne Crookes](#)" be removed. He received no response. On October 31, 2006, Mr. Crookes' lawyer wrote to Mr. Newton and demanded that the hyperlinks be removed. On November 9, 2006, Mr. Newton refused to do so. In response to interrogatories that were subsequently addressed to him, Mr. Newton offered the following explanation for his refusal to remove the hyperlinks: "I saw no need. It was merely a hyperlink" (A.R., at p. 186).

[68] As of February 1, 2008, the article "Free Speech in Canada" had been accessed 1,788 times. There is no information in the record on how many people — if any — read the allegedly defamatory material, or on whether any person who may have viewed the material accessed it by clicking on the two hyperlinks or by other means. The evidence is also silent on the behaviour of Internet surfers with respect to hyperlinks, and on the jurisdiction in which any individuals who may have read the hyperlinked material reside.

[69] Mr. Crookes and his company, West Coast Title Search Ltd., sued Mr. Newton for defamation in British Columbia. The parties brought applications for summary trial and judgment under Rule 18A of the British Columbia *Supreme Court Rules*, B.C. Reg. 221/90. Kelleher J. granted Mr. Newton's application and dismissed the action, finding that there had been no publication (2008 BCSC 1424, 88 B.C.L.R. (4th) 395).

de la preuve que « [Wayne Crookes](#) » était un lien profond menant à un article qui se trouvait dans un autre site Web, www.USGovernetics.com, et qui, selon M. Crookes, portait aussi atteinte à sa réputation. Ces hyperliens comptaient parmi sept liens que M. Newton avait incorporés dans son article; certains hyperliens les précédaient, d'autres les suivaient. N'importe qui pouvait, sans aucune restriction, consulter en ligne l'ensemble des hyperliens et le contenu auquel ils menaient.

[67] Le 18 août 2006, M. Crookes a écrit à M. Newton pour lui demander de retirer de son article les hyperliens « OpenPolitics.ca » et « [Wayne Crookes](#) ». Il n'a reçu aucune réponse. Le 31 octobre 2006, l'avocat de M. Crookes a, à son tour, écrit à M. Newton pour lui demander la même chose. Le 9 novembre 2006, M. Newton a déclaré qu'il refuserait de le faire. Interrogé plus tard à ce sujet, M. Newton a ainsi expliqué pourquoi il avait refusé de retirer les hyperliens : [TRADUCTION] « Je ne voyais pas pourquoi je devais le faire. Il s'agissait tout simplement d'un hyperlien » (d.a., p. 186).

[68] En date du 1^{er} février 2008, l'article « *Free Speech in Canada* » avait été consulté 1 788 fois. Le dossier ne dit pas combien de personnes, s'il en est, ont lu les propos prétendument diffamatoires, et, le cas échéant, si elles en ont pris connaissance par le biais des deux hyperliens ou encore d'une autre façon. Par ailleurs, il n'y a aucun élément de preuve au sujet du comportement des internautes relativement aux hyperliens et du ressort où résident les personnes qui ont pu prendre connaissance des propos auxquels ils menaient.

[69] M. Crookes et son entreprise, West Coast Title Search Ltd., ont intenté une action en diffamation contre M. Newton en Colombie-Britannique. Les parties ont présenté des demandes de procès et de jugement sommaire en vertu de l'art. 18A des règles de la Cour suprême de la Colombie-Britannique (*Supreme Court Rules*, B.C. Reg. 221/90). Le juge Kelleher a accueilli la demande de M. Newton et rejeté l'action après avoir conclu qu'il n'y avait pas eu diffusion (2008 BCSC 1424, 88 B.C.L.R. (4th) 395).

[70] Kelleher J. rejected Mr. Crookes' contention that publication by Mr. Newton of the allegedly defamatory material should be presumed from the fact that he had created the hyperlinks. In the trial judge's view, the plaintiffs' failure to adduce any evidence that people had actually clicked on the hyperlinks and read the information was fatal to their position (paras. 20 and 24). Kelleher J. also concluded that the circumstances of the case did not support a finding of publication, drawing an analogy between a hyperlink and a footnote or a reference to a Web site in printed material (para. 29). Although the hyperlinks provided "immediate access to material published on another website" (para. 30), they did not make Mr. Newton a publisher of what readers would find if they chose to click on the link. Kelleher J. endorsed the proposition of the British Columbia Court of Appeal in *Carter v. B.C. Federation of Foster Parents Assn.*, 2005 BCCA 398, 42 B.C.L.R. (4th) 1, that "reference to an article containing defamatory comment without repetition of the comment itself should not be found to be a republication of such defamatory [comment]" (para. 33). He cautioned, however, that this did not mean that a hyperlink can never lead to liability for defamation. If Mr. Newton had written "the truth about Wayne Crookes is found here" and the word "here" was a hyperlink to defamatory information, Kelleher J. might have concluded differently (para. 34).

[71] A majority of the British Columbia Court of Appeal dismissed the appeal (2009 BCCA 392, 96 B.C.L.R. (4th) 315). The judges were unanimous in rejecting Mr. Crookes' argument that the creation of a hyperlink leads to a presumption of publication of the information to which the link points. Prowse J.A., who spoke for the court on this issue, noted that the legislature had provided for a presumption of publication in the case of broadcasts and newspapers, but not of the Internet (paras. 32-33). She was not prepared to create such a presumption on

[70] Le juge Kelleher a rejeté l'allégation de M. Crookes qu'il fallait présumer du fait que M. Newton avait créé les hyperliens que ce dernier avait publié les propos prétendument diffamatoires. Selon lui, les plaignants ne pouvaient avoir gain de cause car ils avaient omis de présenter de la preuve établissant que des personnes avaient effectivement suivi les hyperliens et lu les propos prétendument diffamatoires (par. 20 et 24). Il a également jugé que les circonstances de l'espèce ne permettaient pas de conclure qu'il y avait eu diffusion, faisant une analogie entre l'hyperlien et la note de bas de page ou le renvoi à un site Web dans un document sur support papier (par. 29). Même si les hyperliens permettaient [TRADUCTION] « de prendre immédiatement connaissance de propos diffusés par le biais d'un autre site Web » (par. 30), il ne fallait pas en conclure que M. Newton avait diffusé ce que trouveraient les lecteurs qui décidaient de suivre le lien. Le juge Kelleher a donné son aval à la thèse adoptée par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans *Carter c. B.C. Federation of Foster Parents Assn.*, 2005 BCCA 398, 42 B.C.L.R. (4th) 1, selon laquelle [TRADUCTION] « il ne faut pas conclure que le renvoi à un article contenant des propos diffamatoires, sans toutefois reprendre les propos eux-mêmes, constitue une rediffusion de ceux-ci » (par. 33). Il a toutefois ajouté, à titre de mise en garde, que cela ne voulait pas dire que la responsabilité pour diffamation ne pouvait jamais être engagée en raison d'un hyperlien. Si M. Newton avait écrit « c'est ici que se trouve la vérité au sujet de Wayne Crookes » et que, dans son texte, le mot « ici » était un hyperlien menant à de l'information diffamatoire, le juge Kelleher aurait peut-être tiré une autre conclusion (par. 34).

[71] La Cour d'appel, à la majorité, a rejeté l'appel (2009 BCCA 392, 96 B.C.L.R. (4th) 315). Les juges ont rejeté à l'unanimité l'argument de M. Crookes qu'il faut présumer de la création d'un hyperlien que l'auteur de celui-ci a diffusé l'information à laquelle il mène. À cet égard, la juge Prowse, qui s'est exprimée au nom de la Cour d'appel sur cette question, a souligné que le législateur avait créé une présomption de diffusion qui s'appliquait à la radiodiffusion, à la télédiffusion et aux journaux, mais pas à l'Internet (par. 32-33). Elle n'était pas

the basis of the record before her, and she expressed the opinion that this was a matter that might more appropriately be determined by the legislature (para. 41).

[72] Saunders J.A. (Bauman J.A. concurring) wrote the reasons of the majority on the issue of whether publication could be inferred from the circumstances of the case. In her view, it could not. Accepting the bilateral nature of publication, she found that the hyperlinks did not satisfy the requirements of the first component of the definition of that term. She relied on the same jurisprudence as Kelleher J. in support of the proposition that merely referring to defamatory information without repeating it does not constitute publication (para. 81, citing *Carter; MacFadden v. Anthony*, 117 N.Y.S.2d 520 (Sup. Ct. 1952); *Klein v. Biben*, 296 N.Y. 638 (1946)). However, the circumstances of a case can demonstrate that a particular hyperlink invited or encouraged a reader to view the hyperlinked site, or that the information on that site was endorsed (para. 84). The majority held that there were no such circumstances in the instant case and that the way Mr. Newton presented the hyperlinks to potential users was “most comparable to a footnote for a reader, or a card index in a library” (para. 89). On the second component of publication, Saunders J.A. expressed the opinion that the bare number of 1,788 hits on Mr. Newton’s article was insufficient to support an inference that at least one person other than Mr. Crookes had clicked on the hyperlinks and read the allegedly defamatory information (para. 92).

[73] Prowse J.A., dissenting, agreed with the majority on the first component of publication, but held that the circumstances of the case supported an inference that readers had been actively encouraged by Mr. Newton to click on the hyperlinks. In other words, the hyperlinks were being presented in such a way that they operated as more than simple footnotes. Furthermore, on the second aspect of publication, Prowse J.A. was prepared to infer that at least one person in British Columbia had clicked on the hyperlinks and read the impugned

disposée à créer une telle présomption sur la base du dossier dont elle était saisie, se disant d’avis que le législateur était mieux placé pour traiter de cette question (par. 41).

[72] La juge Saunders (le juge Bauman souscrivant à ses motifs) a rédigé les motifs de la majorité sur la question de savoir s’il était possible d’inférer des circonstances qu’il y avait eu diffusion. Selon elle, il n’était pas possible de le faire. Reconnaissant la nature bilatérale de la diffusion, elle a conclu que les hyperliens ne satisfaisaient pas aux exigences du premier volet de la définition de celle-ci. Elle a suivi la même jurisprudence que le juge Kelleher voulant que le simple renvoi à de l’information diffamatoire, sans toutefois en reprendre le contenu, ne constituait pas de la diffusion (par. 81, citant *Carter; MacFadden c. Anthony*, 117 N.Y.S.2d 520 (Sup. Ct. 1952); *Klein c. Biben*, 296 N.Y. 638 (1946)). Toutefois, selon elle, il pouvait ressortir des circonstances de l’espèce qu’un hyperlien donné constituait une invitation ou une incitation à consulter le site auquel il menait, ou encore que les propos se trouvant dans ce site avaient été adoptés (par. 84). Selon les juges majoritaires, ce n’était pas le cas en l’espèce, car la façon dont M. Newton avait présenté les hyperliens à ses éventuels lecteurs [TRADUCTION] « s’apparentait davantage à une note de bas de page ou une fiche de bibliothèque » (par. 89). En ce qui concerne le deuxième volet de la diffusion, la juge Saunders s’est dite d’avis que le nombre de visites de l’article de M. Newton, à savoir 1 788, ne permettait pas à lui seul d’inférer qu’au moins une personne autre que M. Crookes avait cliqué sur les hyperliens et lu l’information prétendument diffamatoire (par. 92).

[73] La juge Prowse, dissidente, a souscrit à l’opinion des juges majoritaires sur le premier volet de la diffusion, mais elle a conclu qu’il était possible d’inférer des circonstances que M. Newton avait incité activement ses lecteurs à suivre les hyperliens. En d’autres mots, les hyperliens étaient présentés de manière telle qu’ils jouaient un rôle plus important que celui de simples notes de bas de page. De plus, en ce qui concerne le deuxième volet de la diffusion, la juge Prowse était prête à inférer qu’au moins une personne en Colombie-Britannique avait

information. As a result, she found that there had been publication and stated that she would have allowed the appeal.

II. Positions of the Parties

[74] Mr. Crookes argues that there is a presumption of publication whenever there are facts from which it can reasonably be inferred that the allegedly defamatory information was brought to the knowledge of some third person. Applying this proposition to hyperlinks, he contends that given the “deliberateness, immediacy and facilitation of access [to information]” that characterizes such links, the hyperlinked information should be understood to have been incorporated into the Web page on which the links were embedded. As a result, “[i]t can be reasonably inferred that embedding a hyperlink in the primary article brings the contents of the hyperlinked material to the knowledge of a third person [who accesses that article]” (A.F., at paras. 61-62).

[75] Building on these arguments, Mr. Crookes also submits that the circumstances of this case would support an inference of publication. He disputes the position of the majority of the Court of Appeal that Mr. Newton’s hyperlink was comparable to a footnote, arguing that “[i]n the present case the barrier to accessing the defamatory comment is attenuated. All that is required is a keystroke” (A.F., at para. 75). He endorses Prowse J.A.’s approach, supporting her finding that the context of Mr. Newton’s hyperlinks, together with the 1,788 hits on Mr. Newton’s article, was sufficient to support an inference that at least one of those who read the article had clicked on the hyperlinks and read the allegedly defamatory information.

[76] As for Mr. Newton, he rejects the view that publication should be presumed or inferred in the case of hyperlinks. Furthermore, he supports the finding of Kelleher J. and of the majority of the Court of Appeal that the evidence of 1,788 hits on his article was insufficient to support a conclusion

cliqué sur les hyperliens et lu l’information visée. Par conséquent, elle a conclu qu’il y avait eu diffusion de l’information et était d’avis d’accueillir l’appel.

II. Les arguments des parties

[74] Selon M. Crookes, il faut présumer qu’il y a eu diffusion dans les cas où il est raisonnablement possible d’inférer des faits que l’information prétendument diffamatoire a été portée à la connaissance d’un tiers. Appliquant cette thèse aux hyperliens, il prétend que, compte tenu de [TRADUCTION] « l’accès voulu, immédiat, et facile [à l’information] » que procurent de tels liens, il faut comprendre que l’information à laquelle ils mènent a été incorporée dans la page Web principale où ils se trouvent. Ainsi, « [i]l est raisonnablement possible d’inférer que l’insertion d’un hyperlien dans l’article principal permet à un tiers [qui consulte cet article] de prendre connaissance des propos auxquels mène l’hyperlien » (m.a., par. 61-62).

[75] S’appuyant sur ces arguments, M. Crookes soutient également que les circonstances de l’espèce permettent d’inférer qu’il y a eu diffusion. Il conteste l’analyse des juges majoritaires de la Cour d’appel, qui ont conclu que l’hyperlien de M. Newton s’apparentait à une note de bas de page, faisant valoir qu’[TRADUCTION] « [e]n l’espèce, l’obstacle à l’accès aux propos diffamatoires est atténué. Il suffit d’appuyer sur une touche » (m.a., par. 75). Il adopte l’approche de la juge Prowse, étayant sa conclusion que le contexte dans lequel les hyperliens de M. Newton figuraient, ainsi que les 1 788 visites de l’article de ce dernier, étaient suffisants pour que l’on puisse inférer qu’au moins une des personnes ayant lu l’article avait cliqué sur les hyperliens et lu l’information prétendument diffamatoire.

[76] M. Newton, lui, rejette l’idée qu’il faut présumer ou inférer qu’il y a diffusion dans le cas des hyperliens. En outre, il souscrit aux conclusions du juge Kelleher et des juges majoritaires de la Cour d’appel selon laquelle la preuve qu’il y a eu 1 788 visites de son article ne permet pas de conclure que

that readers of the article had actually clicked on the hyperlink and read the allegedly defamatory information (R.F., at para. 35).

[77] More fundamentally, Mr. Newton's position is that hyperlinking does not constitute publication: a user-activated hyperlink "involves no transmission, copying or presentation of the alleged defamation, no control over its content, and no control over whether a reader makes the choice to follow the hyperlink" (R.F., at para. 58). He disputes the view that the fact that a hyperlink facilitates access to the linked information should justify a finding of publication, since publication "only occurs when a message is both posted and read" (para. 57). He also submits that, since any user-activated hyperlink could to some degree be considered an "invitation" to click on the link, it would be wrong to find that there was publication on the basis of such an invitation. This submission, too, is based on the principle that publication is not complete until the allegedly defamatory information is read. Finally, the fact that the creation of a hyperlink was deliberate cannot in itself be the basis for a finding of publication, since the question is "whether the bilateral posting/reading test for publication is met, and the insertion of a hyperlink alone does not meet either part of the test" (para. 85).

III. Positions of the Interveners

[78] The interveners in this appeal take divergent approaches to when, if ever, a hyperlink could be said to constitute publication of the information to which it refers. The approach of my colleague Abella J. most closely resembles that of the Canadian Civil Liberties Association, which argues that publication "should be reserved for those situations where an individual actually communicates the allegedly defamatory words" (Factum, at para. 52). The result my colleague reaches is also consistent with the position taken by a group of interveners composed of print, broadcast and Internet media organizations. They argue that hyperlinks should never be equated with publication, because that would

les personnes qui ont lu l'article ont forcément suivi l'hyperlien et lu l'information prétendument diffamatoire (m.i., par. 35).

[77] Plus fondamentalement, M. Newton prétend que le simple fait de créer un hyperlien ne constitue pas de la diffusion : l'hyperlien activé par l'utilisateur [TRADUCTION] « ne comporte aucune transmission, reproduction ou communication de la prétendue diffamation, aucun contrôle sur son contenu, et aucun contrôle sur la décision d'un lecteur de suivre ou non l'hyperlien » (m.i., par. 58). Il conteste l'idée que le fait que l'hyperlien rende le contenu auquel il renvoie plus facilement accessible est suffisant pour conclure qu'il y a eu diffusion étant donné que celle-ci « n'a lieu que lorsque le message est affiché et lu » (par. 57). Il soutient également que comme tout hyperlien activé par l'utilisateur doit être considéré, dans une certaine mesure, comme une « invitation » à cliquer sur le lien, il serait erroné de conclure qu'il y a eu diffusion sur la base d'une telle invitation. Encore une fois, il se base sur le principe que la diffusion n'est complète que lorsque l'information prétendument diffamatoire est lue. Enfin, la création délibérée d'un hyperlien ne peut en soi établir qu'il y a diffusion, car il faut se demander « si le test bilatéral affichage/lecture en matière de diffusion est satisfait, la simple incorporation d'un hyperlien dans un texte ne suffit pas à elle seule à satisfaire l'un ou l'autre des volets de ce test » (par. 85).

III. Les arguments des intervenants

[78] Les approches respectives des intervenants divergent sur la question de savoir si et quand il est possible de conclure que la création d'un hyperlien équivaut à diffuser l'information à laquelle il renvoie. L'approche de ma collègue la juge Abella est celle qui s'apparente le plus à l'argument de l'Association canadienne des libertés civiles, qui soutient que la diffusion [TRADUCTION] « ne doit viser que les cas où la personne communique effectivement les propos prétendument diffamatoires » (mémoire, par. 52). Le résultat auquel parvient ma collègue est également conforme à l'argument de la coalition d'un groupe d'intervenants qui comprend des organisations du monde de la presse écrite, de la

threaten the ability of its members to compete and fulfil their mandates in the Internet age (Media Coalition Factum, at paras. 42-43).

[79] Certain other interveners — the British Columbia Civil Liberties Association (“BCCLA”), the Samuelson-Glushko Canadian Internet Policy and Public Interest Clinic (“CIPPIC”), and NetCoalition — accept that hyperlinking may constitute publication in appropriate circumstances, but seek to restrict those circumstances to instances involving variants of knowledge or explicit endorsement or adoption of linked information by the hyperlinker (e.g., BCCLA Factum, at paras. 22 and 24; CIPPIC Factum, at para. 2; NetCoalition Factum, at para. 4). CIPPIC takes this argument a step further, submitting that a plaintiff must prove publication on “a convincing evidentiary basis” (Factum, at para. 4). Finally, NetCoalition submits that, where a hyperlinker has not explicitly endorsed defamatory information or where there is no nexus between the hyperlink and such an endorsement, a defence of innocent dissemination should be available (Factum, at para. 34).

IV. Analysis

[80] When a plaintiff seeks to establish *prima facie* liability for defamation, the court must not only consider whether the impugned information can reasonably be said to be defamatory and whether it in fact refers to the plaintiff, but must also consider the question of publication to a third party, bearing in mind the bilateral nature of publication. To be published, defamatory words must be “communicated” (*Grant*, at para. 28). “Communication” means that a message is both sent in a comprehensible form, and received and understood. Publication does not occur until “the

radiodiffusion, de la télédiffusion et de l’Internet. Selon ces organisations, on ne devrait jamais considérer les hyperliens comme une forme de diffusion, sinon on risquerait de mettre en péril la capacité de leurs membres à se faire concurrence et s’acquitter de leurs mandats à l’ère de l’Internet (mémoire de la coalition des médias, par. 42-43).

[79] Certains autres intervenants, à savoir l’Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique (« ALCCB »), la Clinique d’intérêt public et de politique d’internet du Canada Samuelson-Glushko (« CIPPIC ») et la NetCoalition, acceptent qu’il peut arriver, dans des circonstances appropriées, que la création d’hyperliens constitue de la diffusion d’information, mais ils souhaitent que cela se limite aux cas où il existe des éléments de connaissance, d’approbation ou d’adhésion explicite à l’information transmise par le créateur de l’hyperlien ou au fait qu’il l’adopte ou y adhère explicitement (p. ex., mémoire de l’ALCCB, par. 22 et 24; mémoire de la CIPPIC, par. 2; mémoire de la NetCoalition, par. 4). La CIPPIC pousse son argument encore plus loin, faisant valoir que le plaignant doit soumettre [TRADUCTION] « une preuve convaincante » pour prouver qu’il y a eu diffusion (mémoire, par. 4). Enfin, la NetCoalition avance que si le créateur d’un hyperlien n’a pas explicitement adhéré à l’information diffamatoire, ou s’il n’existe aucun lien entre l’hyperlien et une telle adhésion, il devrait pouvoir invoquer un moyen de défense fondé sur la diffusion de bonne foi (mémoire, par. 34).

IV. L’analyse

[80] Lorsque le plaignant tente d’établir qu’à première vue la responsabilité pour diffamation est engagée, les tribunaux doivent non seulement se demander s’ils peuvent raisonnablement conclure que l’information visée est diffamatoire et qu’elle renvoie effectivement au plaignant, mais ils doivent également se pencher sur la question de la diffusion de l’information à un tiers, en ayant à l’esprit la nature bilatérale de la diffusion. Pour qu’il y ait diffusion, les mots diffamatoires doivent être « communiqués » (*Grant*, par. 28). La « communication » signifie que le message est, d’une part,

defamatory matter is brought by the defendant or his agent to the knowledge and understanding of some person other than the plaintiff” (*McNichol v. Grandy*, [1931] S.C.R. 696, at p. 704, *per* Duff J. (as he then was); *Brown*, at paras. 7.2 and 7.8; *Gatley on Libel and Slander* (11th ed. 2008), at p. 164).

[81] To determine whether an act can form the basis for a finding of publication, it is first necessary to consider the nature of the act itself.

[82] Acts that may form the basis for a finding of publication and which may ultimately attract liability for defamation have never been limited to acts of the author or creator of the defamatory information. Rather, “[a]ll those jointly responsible for the publication are liable. Liability extends to all those who take part in the publication of the defamatory material, including those who merely cause or procure it to be published” (*Brown*, at para. 7.4 (footnotes omitted); *Gatley on Libel and Slander*, at p. 169; *Lambert v. Thomson*, [1937] O.R. 341 (C.A.), at p. 344: “. . . where the libel is published in a newspaper or book, everyone who takes part in publishing it or in procuring its publication is *prima facie* liable”). As this Court noted in *Botiuk v. Toronto Free Press Publications Ltd.*, [1995] 3 S.C.R. 3, at para. 75, “the design or agreement of persons to participate in acts which are tortious” is sufficient for them to be found liable for defamation as joint concurrent tortfeasors even if “they did not realize they were committing a tort”.

[83] Historically, it has been understood that the precise method employed to make information available is immaterial: “There are no limitations on the manner in which defamatory matter may be published” (*Brown*, at para. 7.3). In *Day v. Bream* (1837), 2 M. & Rob. 54, 174 E.R. 212, for example,

envoyé dans un format compréhensible, et, d’autre part, reçu et compris. La diffusion n’a pas lieu tant que [TRADUCTION] « les propos diffamatoires ne sont pas portés à la connaissance d’une personne autre que le plaignant par le défendeur ou son mandataire et compris par cette personne » (*McNichol c. Grandy*, [1931] R.C.S. 696, p. 704, le juge Duff (plus tard Juge en chef); *Brown*, par. 7.2 et 7.8; *Gatley on Libel and Slander* (11^e éd. 2008), p. 164).

[81] Pour savoir si un acte peut servir de fondement à une conclusion qu’il y a eu diffusion, il faut d’abord prendre en considération la nature de l’acte lui-même.

[82] Les actes qui peuvent servir de fondement à la conclusion qu’il y a eu diffusion et qui peuvent, en bout de ligne, engager la responsabilité pour diffamation n’ont jamais été limités aux actes de l’auteur ou du créateur de l’information diffamatoire. Au contraire, [TRADUCTION] « [l]a responsabilité conjointe de tous ceux qui ont participé à la diffusion est engagée, à savoir tous ceux qui ont participé à la diffusion des propos diffamatoires, y compris ceux qui ont simplement fait en sorte que ceux-ci soient diffusés » (*Brown*, par. 7.4 (notes en bas de page omises); *Gatley on Libel and Slander*, p. 169; *Lambert c. Thomson*, [1937] O.R. 341 (C.A.), p. 344 : [TRADUCTION] « . . . dans les cas où le libelle est publié dans un journal ou un livre, la responsabilité de tous ceux qui participent à sa publication ou qui font en sorte qu’il soit publié est, à première vue, engagée »). Comme la Cour l’a souligné dans *Botiuk c. Toronto Free Press Publications Ltd.*, [1995] 3 R.C.S. 3, par. 75, « le fait pour des personnes de projeter de participer à des actes délictueux ou de s’entendre pour le faire, même s’ils ne se rendent pas compte qu’ils commettent un délit », est suffisant pour conclure à la responsabilité du défendeur pour diffamation à titre de coauteur d’un délit.

[83] Depuis longtemps, on considère que le mode particulier par lequel on rend l’information diffamatoire disponible n’a aucune importance : [TRADUCTION] « La façon dont l’information diffamatoire peut être diffusée ne connaît aucune limite » (*Brown*, par. 7.3). Dans *Day c. Bream*

a person who merely delivered parcels was held *prima facie* liable for putting them into publication; and in *R. v. Clerk* (1728), 1 Barn. K.B. 304, 94 E.R. 207, a case referred to by my colleague Abella J., a printer's servant whose sole role was to "clap down" the printing press was found to be responsible for publication. However, the law has changed in the centuries that have elapsed since *Day v. Bream* and *R. v. Clerk*.

[84] The courts have begun incrementally to impose limitations on the nature and types of actions that can attract liability for defamation at common law. To understand this evolution, it will be helpful to look broadly at cases from both the United States and other common law jurisdictions, such as England and Australia. I note that in considering the U.S. cases, we must be mindful of the impact of the First Amendment on the protection of expression in the United States, and of certain significant statutory limits on liability (see comments to this effect: *Godfrey v. Demon Internet Ltd.*, [1999] 4 All E.R. 342 (Q.B.), at pp. 343-44; *Dow Jones & Co. v. Gutnick*, [2002] HCA 56, 210 C.L.R. 575, at para. 52).

[85] There appears to be an emerging consensus among the courts and commentators that only *deliberate* acts can meet the first component of the bilateral conception of publication. According to Prof. Brown, "a person must knowingly be involved in the process of publishing the relevant words" (para. 7.4 (emphasis added)). In *Stanley v. Shaw*, 2006 BCCA 467, 231 B.C.A.C. 186, pleading that the defendants "said and did nothing" (para. 7) was held to be insufficient to support a finding of publication, because no tortious act had been alleged in relation to their silence (see also *Smith v. Matsqui (Dist.)* (1986), 4 B.C.L.R. (2d) 342 (S.C.), at p. 355; *Wilson v. Meyer*, 126 P.3d 276 (Colo. Ct. App. 2005), at p. 281 ("[a] plaintiff cannot establish [publication] by showing that the defendant silently adopted a defamatory statement"); *Pond v. General Electric Co.*, 256 F.2d 824 (9th Cir. 1958), at p. 827 ("[s]ilence is not libel"); Brown, at para. 7.3). In

(1837), 2 M. & Rob. 54, 174 E.R. 212, par exemple, le défendeur, qui n'avait fait que livrer des colis, était; à première vue, responsable de les avoir diffusés; en outre, dans une décision à laquelle ma collègue la juge Abella a renvoyé, *R. c. Clerk* (1728), 1 Barn. K.B. 304, 94 E.R. 207, il a été jugé que la responsabilité de l'employé d'un imprimeur, dont le seul rôle dans l'acte de diffusion consistait à [TRADUCTION] « appuyer sur » la presse, était engagée. Toutefois, le droit a changé au cours des siècles qui se sont écoulés depuis *Day c. Bream* et *R. c. Clerk*.

[84] Les cours se sont mises à imposer progressivement des limites à la nature et aux types d'actes susceptibles d'engager la responsabilité pour diffamation en common law. Pour comprendre cette évolution, il est utile de faire un bref survol des développements aux États-Unis et dans d'autres ressorts de common law, tels l'Angleterre et l'Australie. Je souligne que l'étude des décisions américaines doit se faire au regard de l'incidence que le Premier amendement a eue sur la protection de la liberté d'expression aux États-Unis et des limites importantes que la loi a imposées en matière de responsabilité (voir les observations dans ce sens : *Godfrey c. Demon Internet Ltd.*, [1999] 4 All E.R. 342 (B.R.), p. 343-344; *Dow Jones & Co. c. Gutnick*, [2002] HCA 56, 210 C.L.R. 575, par. 52).

[85] On commence à s'accorder, autant parmi les tribunaux que chez les auteurs, pour dire que seuls les actes *délibérés* peuvent satisfaire au premier volet de la nature bilatérale de la diffusion. Selon le professeur Brown, [TRADUCTION] « la personne doit sciemment participer au processus de diffusion des propos visés » (par. 7.4 (je souligne)). Dans *Stanley c. Shaw*, 2006 BCCA 467, 231 B.C.A.C. 186, l'argument que les défendeurs [TRADUCTION] « n'ont rien dit et n'ont rien fait » (par. 7) a été jugé insuffisant pour conclure qu'il y avait eu diffusion, parce qu'aucun acte délictuel n'avait été allégué relativement à leur silence (voir également *Smith c. Matsqui (Dist.)* (1986), 4 B.C.L.R. (2d) 342 (C.S.), p. 355; *Wilson c. Meyer*, 126 P.3d 276 (Colo. Ct. App. 2005), p. 281 ([TRADUCTION] « [le] plaignant ne peut pas établir qu'il y a eu [diffusion] en démontrant que le défendeur a tacitement fait siens des propos diffamatoires »); *Pond c. General Electric Co.*, 256 F.2d

Scott v. Hull, 259 N.E.2d 160 (Ohio Ct. App. 1970), at p. 162, a U.S. court held that “liability to respond in damages for the publication of a libel must be predicated on a positive act, on something done by the person sought to be charged”. I agree with this view.

[86] A deliberate act may occur in a variety of circumstances. In *Byrne v. Deane*, [1937] 1 K.B. 818 (C.A.), the defendants, proprietors of a golf club, were found to have published the words contained on a piece of paper that was posted on premises over which they held complete control. The defendants admitted to having seen the paper, but denied having written it or put it there. Although the words were ultimately found not to be defamatory, Greene L.J., concurring on the issue of publication, concluded that there are circumstances in which, by refraining from removing or obliterating defamatory information, a person might in fact be publishing it (at p. 838):

The test it appears to me is this: having regard to all the facts of the case is the proper inference that by not removing the defamatory matter the defendant really made himself responsible for its continued presence in the place where it had been put?

(See also *Hellar v. Bianco*, 244 P.2d 757 (Cal. Dist. Ct. App. 1952); *Tacket v. General Motors Corp.*, 836 F.2d 1042 (7th Cir. 1987); *Urbanchich v. Drummoyne Municipal Council* (1991), Aust. Torts Rep. ¶81-127 (N.S.W.S.C.).)

[87] *Byrne* and its progeny are consistent with the requirement that any finding of publication be grounded in a deliberate act. If a defendant was made aware (or had reason to be aware) of defamatory information over which he or she had sufficient control but decided to do nothing about it, this nonfeasance might amount to a deliberate act of approval, adoption, promotion, or ratification of the defamatory information (see, e.g., *Frawley v. State of New South Wales*, [2007] NSWSC 1379

824 (9th Cir. 1958), p. 827 ([TRADUCTION] « [l]e silence ne constitue pas un libelle »); *Brown*, par. 7.3). Dans *Scott c. Hull*, 259 N.E.2d 160 (Ohio Ct. App. 1970), p. 162, un tribunal américain a affirmé que la [TRADUCTION] « responsabilité pour dommages causés par la diffusion d’un libelle doit être fondée sur l’accomplissement d’un acte, sur quelque chose qui a été fait par la personne que l’on cherche à accuser ». Je souscris à cette opinion.

[86] Une personne peut agir de façon délibérée dans diverses circonstances. Dans *Byrne c. Deane*, [1937] 1 K.B. 818 (C.A.), il a été conclu que les défendeurs, propriétaires d’un club de golf, avaient diffusé les propos en cause sur une feuille affichée dans des locaux sur lesquels ils exerçaient le plein contrôle. Les défendeurs ont admis avoir vu le document, mais ils ont nié l’avoir écrit ou affiché. Bien qu’il ait été statué, en bout de ligne, que les propos en cause n’étaient pas diffamatoires, le lord juge Greene, souscrivant à l’opinion de ses collègues sur la question de la diffusion, a conclu que dans certaines circonstances une personne qui omet de retirer ou d’éliminer des propos diffamatoires peut, en fait, se trouver à les diffuser (p. 838) :

[TRADUCTION] Il me semble que le critère est le suivant : compte tenu de l’ensemble des faits de l’espèce, l’inférence qu’il convient de tirer est-elle qu’en omettant de retirer les propos diffamatoires le défendeur se rendait vraiment responsable du fait que ces derniers demeuraient là où ils avaient été affichés?

(Voir également *Hellar c. Bianco*, 244 P.2d 757 (Cal. Dist. Ct. App. 1952); *Tacket c. General Motors Corp.*, 836 F.2d 1042 (7th Cir. 1987); *Urbanchich c. Drummoyne Municipal Council* (1991), Aust. Torts Rep. ¶81-127 (N.S.W.S.C.).)

[87] L’arrêt *Byrne* et les décisions rendues dans sa foulée sont compatibles avec l’exigence selon laquelle pour conclure qu’il y a eu diffusion l’acte visé doit avoir été posé délibérément. Si le défendeur a été mis au courant de l’information diffamatoire sur laquelle il exerçait suffisamment de contrôle (ou qu’il avait des raisons de la connaître), sa décision de ne rien faire peut équivaloir à un acte délibéré, à savoir l’approbation, l’adoption, la promotion, ou la ratification de l’information diffamatoire (voir,

(AustLII). The inference is not automatic, but will depend on an assessment of the totality of the circumstances. In *Underhill v. Corser*, [2010] EWHC 1195 (BAILII) (Q.B.), the defendant, who was treasurer and a board member of a charity, had been aware that an editorial levelling accusations against the plaintiff would be published, but took no action and gave no further thought to the matter. Although Tugendhat J. found that the defendant could have prevented the publication of the editorial, which the plaintiff alleged to be defamatory, he distinguished *Byrne*, concluding that the defendant's role as a board member was different from that of the proprietors in *Byrne* (para. 110).

[88] This requirement of a deliberate act has already been applied in the context of the Internet. In *Godfrey*, the defendant Internet service provider ("ISP") had received a "posting", which it stored on its news server. The plaintiff had notified the ISP that the posting was defamatory and requested that it be removed, but the defendant had allowed it to remain on its servers until it automatically expired 10 days later. The court held that the ISP's failure to act, once it had become aware of the defamatory information over which it had control, constituted an act of publication once an Internet subscriber had accessed the posting. In the circumstances of the case, the ISP's failure to act amounted to a deliberate act of approval, adoption, promotion or ratification of the defamatory information.

[89] In *Bunt v. Tilley*, [2006] EWHC 407, [2006] 3 All E.R. 336 (Q.B.), the defendant ISPs were found not to be publishers because, even though they provided services, their role in the publication process was a passive one. This aspect of the decision in *Bunt* is a welcome development and should be incorporated into the Canadian common law. Those whose services are used to facilitate the communication of defamatory information may be shielded from responsibility for publication if they

p. ex., *Frawley c. State of New South Wales*, [2007] NSWSC 1379 (AustLII). L'inférence n'est pas automatique; elle dépend plutôt d'une appréciation de l'ensemble des circonstances. Dans *Underhill c. Corser*, [2010] EWHC 1195 (BAILII) (B.R.), le défendeur, trésorier et membre du conseil d'administration d'une organisation caritative, savait qu'un éditorial dans lequel des accusations étaient portées contre le plaignant serait publié, mais il a décidé de ne rien faire et n'a plus accordé d'attention à la question. Bien qu'il ait jugé que le défendeur aurait pu empêcher la diffusion de l'éditorial, qui, selon le plaignant, était diffamatoire, le juge Tugendhat a distingué cette affaire de l'arrêt *Byrne*, concluant que le rôle du défendeur, en sa qualité de membre du conseil d'administration, différait de celui qui incombait aux propriétaires dans *Byrne* (par. 110).

[88] Cette exigence que l'acte en cause soit posé délibérément a déjà été appliquée dans le contexte de l'Internet. Dans *Godfrey*, le défendeur, un fournisseur de services Internet, avait reçu puis hébergé un article dans son serveur de nouvelles. Le plaignant l'avait informé de la nature diffamatoire de l'article et lui avait demandé de le retirer, mais le défendeur a décidé de le conserver dans ses serveurs jusqu'à ce qu'il expire automatiquement 10 jours plus tard. Le tribunal a conclu que l'inaction du défendeur, une fois mis au courant de l'information diffamatoire, sur laquelle il exerçait le plein contrôle, constituait un acte de diffusion une fois qu'un abonné en avait pris connaissance. Dans les circonstances, l'inaction du défendeur équivalait à un acte délibéré, à savoir l'approbation, l'adoption, la promotion, ou la ratification de l'information diffamatoire.

[89] Dans *Bunt c. Tilley*, [2006] EWHC 407, [2006] 3 All E.R. 336 (B.R.), il a été conclu que les défendeurs, des fournisseurs de services Internet, n'avaient pas diffusé les propos en cause parce que même s'ils fournissaient des services ils jouaient un rôle passif dans le processus de diffusion. Ce volet de la décision *Bunt* est un heureux développement qu'il faudrait incorporer dans la common law canadienne. Ceux dont les services sont utilisés pour faciliter la communication d'une information

played a “passive instrumental role” in that process (para. 23).

[90] A case that illustrates the nature of activities engaged in by a person who plays the role of a mere conduit is *Metropolitan International Schools Ltd. v. Designtecnica Corpn.*, [2009] EWHC 1765, [2011] 1 W.L.R. 1743 (Q.B.). In that case, the question was whether Google Inc. could be found to be the publisher of the search result “snippets” that were generated automatically by its search engine in response to search terms entered by users. Eady J. found that there was no publication, because Google Inc. played a passive instrumental role in facilitating the appearance of the snippets on the users’ screens (paras. 50-51).

[91] It should be plain that not *every* act that makes the defamatory information available to a third party in a comprehensible form might ultimately constitute publication. The plaintiff must show that the act is deliberate. This requires showing that the defendant played more than a passive instrumental role in making the information available.

[92] The question that remains is whether, even with these emerging limits on the common law principle, further refinements are necessary. While I agree that improvements can be made, I do not share the view of my colleague Abella J. that the solution is to exclude references, including hyperlinks, from the scope of the publication rule. In my view, the proper approach is (1) to explicitly recognize the requirement of a deliberate act as part of the Canadian common law publication rule, and (2) to continue developing the rule incrementally in order to circumscribe the manner in which a deliberate act must make defamatory information available if it is to result in a finding of publication.

diffamatoire peuvent échapper à la responsabilité pour diffusion si le rôle qu’ils ont joué dans ce processus peut être qualifié de [TRADUCTION] « rôle instrumental passif » (par. 23).

[90] L’affaire *Metropolitan International Schools Ltd. c. Designtecnica Corpn.*, [2009] EWHC 1765, [2011] 1 W.L.R. 1743 (B.R.), fournit un exemple de la nature des activités menées par une personne qui agit comme simple intermédiaire. Dans cette affaire, il s’agissait de savoir si on pouvait conclure que Google Inc. était le diffuseur des [TRADUCTION] « entrefilets » générés automatiquement par son moteur de recherche en réponse aux termes de recherche lancés par des utilisateurs. Selon le juge Eady, il n’y avait pas eu de diffusion puisqu’en facilitant l’apparition de bribes d’information sur les écrans des utilisateurs Google Inc. avait joué un rôle instrumental passif (par. 50-51).

[91] Il devrait être évident que ce ne sont pas *tous* les actes rendant l’information diffamatoire disponible à un tiers dans un format compréhensible qui sont susceptibles de constituer, en bout de ligne, de la diffusion. En effet, le plaignant doit établir que l’acte en cause était délibéré. Pour ce faire, il doit démontrer qu’en rendant l’information disponible le défendeur jouait un rôle qui dépassait celui du simple intermédiaire qui joue un rôle instrumental passif.

[92] La question qui reste à trancher est de savoir si, même compte tenu des limites qui commencent à se dessiner en common law, davantage de raffinements sont nécessaires. Je suis certes d’accord qu’il est possible d’apporter des améliorations, mais je ne partage pas l’opinion de ma collègue la juge Abella que la solution consiste à exclure les renvois, y compris les hyperliens, de la portée de la règle en matière de diffusion. Selon moi, la démarche appropriée consiste à (1) reconnaître expressément que la règle en matière de diffusion en common law canadienne exige que l’acte visé ait été posé de manière délibérée, et (2) élaborer davantage la règle, de manière progressive, afin de préciser la façon dont l’acte délibéré doit rendre l’information diffamatoire disponible pour que l’on puisse conclure qu’il y a eu diffusion.

[93] More specifically, only where the plaintiff can establish on a balance of probabilities that the defendant performed a deliberate act that made defamatory information *readily available* to a third party in a comprehensible form will the requirements of the first component of publication be satisfied. Of course, before the court will make a finding of publication, the plaintiff must also satisfy the requirements of the second component of publication on a balance of probabilities, namely, that the “defamatory matter [was] brought by the defendant or his agent to the knowledge and understanding of some person other than the plaintiff” (*McNichol*, at p. 704).

[94] Whether defamatory information is readily available is a question of fact. A court asked to infer that information has been made readily available should consider all circumstances related to the ease with which a third party would be able to gain access to it. Defamatory information is readily available if, in the circumstances, it can be immediately accessed. In other words, there must be no meaningful barrier that would prevent a third party from receiving it. In practice, this will not effect a significant change to the common law, since, for the vast majority of acts that presently make information available, there is nothing to prevent the information in question from being received by third parties; they need only use their eyes to read or view it, or their ears to hear it. Of course, if those third parties cannot *understand* it, that is a separate concern, one that would on its own bar a finding of publication.

[95] But the requirement that defamatory information be readily available does result in an incremental change to the common law in those cases where the act complained of refers third parties to defamatory information. It narrows the circumstances in which the requirements of the first component of publication will be satisfied. In such instances, the totality of circumstances will reveal whether a third party can have immediate

[93] Plus particulièrement, ce n'est que dans les cas où le plaignant peut établir, selon la prépondérance des probabilités, que le défendeur a posé un acte délibéré qui a eu pour effet de rendre l'information diffamatoire *immédiatement disponible* à un tiers, dans un format compréhensible, que les exigences du premier volet de la diffusion seront satisfaites. Bien entendu, pour que le tribunal puisse conclure qu'il y a eu diffusion, il faudra que le plaignant établisse également, selon la prépondérance des probabilités, que les exigences du deuxième volet de la diffusion soient satisfaites, à savoir que [TRADUCTION] « les propos diffamatoires [ont été] portés à la connaissance d'une personne autre que le plaignant par le défendeur ou son mandataire et compris par cette personne » (*McNichol*, p. 704).

[94] Déterminer si l'information diffamatoire en cause est immédiatement disponible est une question de fait. Le tribunal qui se penche sur la question doit tenir compte de l'ensemble des circonstances ayant trait à la facilité avec laquelle un tiers pourrait en prendre connaissance. Il y a lieu de conclure que l'information diffamatoire est immédiatement disponible si, dans les circonstances, le tiers peut immédiatement en prendre connaissance. En d'autres mots, aucun obstacle important ne doit empêcher le tiers de recevoir l'information. En pratique, cela ne produira pas de changement important de la common law, car, dans la grande majorité des cas, l'acte qui rend l'information accessible ne pose aucun obstacle aux tiers qui souhaitent en prendre connaissance : ceux-ci n'ont qu'à la lire ou à l'écouter, selon le cas. Bien entendu, s'ils ne peuvent *comprendre* le sens de l'information, il s'agit d'une préoccupation toute autre qui, à elle seule, ferait qu'on ne peut pas conclure à la diffusion.

[95] Mais l'exigence que l'information diffamatoire soit immédiatement disponible résulte bien en une modification progressive de la common law applicable dans les cas où l'acte reproché renvoie à de l'information diffamatoire. Elle limite les circonstances dans lesquelles les exigences du premier volet de la diffusion seront satisfaites. Dans ces cas, c'est l'ensemble des circonstances qui révélera si un tiers peut immédiatement prendre connaissance de

access — without any meaningful barriers — to the information to which the reference directs him or her.

[96] What should be clear from this is that not all forms of references are the same as regards the extent to which they facilitate access to the information in question. While my colleague's statement that "[h]yperlinks are, in essence, references" (para. 27) is superficially correct, it is inaccurate to equate a hyperlink with, for example, a footnote in a book. A footnote that does not actually reproduce the information to which the reader is being referred does not make that information readily available. The reader has to locate and obtain the document the footnote refers to and then find the information within the document. In contrast, an automatic hyperlink requires no action whatsoever, while an embedded deep hyperlink requires only the tap of a finger to gain access to the information. The effort involved is even less than that of turning a page in a book. Although it is of course true that hyperlinks are a form of reference, the extent to which they facilitate access and their ubiquity on the Internet cannot be overlooked.

[97] This Court has previously recognized the ease with which information can be accessed by means of a hyperlink. In *Dell*, a hyperlink to an arbitration clause was considered in relation to a provision of the *Civil Code of Québec*, S.Q. 1991, c. 64, designed to deal with contractual stipulations — known as external clauses — that are physically separate from the contract itself. Adopting a contextual approach, the Court held that the hyperlinked arbitration clause should not be considered physically separate from the main contract document (at para. 97):

... it is difficult to accept that the need for a single command by the user [i.e. clicking on a single hyperlink] would be sufficient for a finding that the provision governing external clauses is applicable. Such an interpretation would be inconsistent with the reality of the Internet environment, where no real distinction

l'information en question sans devoir franchir un quelconque obstacle important.

[96] Il devrait ressortir du présent examen que les diverses formes de renvois ne sont pas toutes équivalentes pour ce qui est de la mesure dans laquelle elles rendent l'information en cause disponible. Bien que l'énoncé de ma collègue que « [l]es hyperliens constituent essentiellement des renvois » (par. 27) soit en apparence juste, il est inexact d'assimiler les hyperliens à de simples notes de bas de page dans un livre, par exemple. La note de bas de page qui ne reprend pas textuellement le contenu de l'information à laquelle elle renvoie ne la rend pas immédiatement disponible. En effet, le lecteur doit obtenir le document auquel elle fait mention et y trouver l'information en cause. Par contraste, l'hyperlien automatique n'exige absolument aucune action du lecteur, alors que l'hyperlien profond requiert seulement l'appui sur une touche pour obtenir l'information. L'effort que cela demande est moindre que celui de tourner une page dans un livre. Certes, il est vrai que les hyperliens constituent une forme de renvoi, mais la facilité d'accès à l'information qu'ils procurent et leur omniprésence dans l'Internet ne sauraient être ignorées.

[97] La Cour a déjà reconnu la facilité avec laquelle on peut prendre connaissance d'une information par le biais d'un hyperlien. Dans *Dell*, il était question d'un hyperlien menant à une clause d'arbitrage au regard d'une disposition du *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64, visant des stipulations contractuelles — connues sous le nom de clauses externes — physiquement distinctes du contrat lui-même. Adoptant une approche contextuelle, la Cour a conclu que la clause d'arbitrage à laquelle renvoyait l'hyperlien ne devait pas être considérée comme étant physiquement distincte du document principal (par. 97) :

... il est difficile d'admettre qu'une seule commande de la part de l'internaute suffise pour conclure à l'application de la disposition régissant les clauses externes. Une telle interprétation serait détachée de la réalité de l'environnement Internet, où l'on ne fait pas de distinction concrète entre le déroulement du document

is made between scrolling through a document and using a hyperlink. Analogously to paper documents, some Web documents contain several pages that can be accessed only by means of hyperlinks, whereas others can be viewed by scrolling down them on the computer's screen. There is no reason to favour one configuration over the other.

The arbitration clause in *Dell* was found to be reasonably accessible, since clicking on one hyperlink took the consumer directly to a page containing the terms and conditions of the sale, including the arbitration clause. Thus, there was no material distinction between having access to the clause by hyperlink and actually having a paper copy of it (at para. 100):

... the clause was no more difficult for the consumer to access than would have been the case had he or she been given a paper copy of the entire contract on which the terms and conditions of sale appeared on the back of the first page.

[98] What can be inferred from the circumstances in *Dell* is that the hyperlinked arbitration clause was, in fact, readily available: a link to it appeared on every Web page the consumer accessed, and all the consumer had to do to view the clause was to click on the link once (para. 100).

[99] Because the inquiry into availability is essentially factual, it would be neither prudent nor desirable to attempt to adopt a bright-line rule indicating the exact time when something becomes "readily" available. Such an approach could hinder the evolution of the common law. However, given the context of this appeal, a few specific observations about hyperlinks are in order. In determining whether hyperlinked information was readily available, a court should consider a number of factors, including whether the hyperlink was user-activated or automatic, whether it was a shallow or a deep link, and whether the linked information was available to the general public (as opposed to being restricted). This list of factors is by no means exhaustive. Any matter that has a bearing on the ease with which the referenced

et l'utilisation d'un hyperlien. À l'image des documents papier, certains textes Web comportent plusieurs pages, accessibles seulement au moyen d'un hyperlien, alors que d'autres documents peuvent être déroulés sur l'écran de l'ordinateur. Il n'y a pas de raison de privilégier une configuration plutôt qu'une autre.

La clause d'arbitrage en cause dans *Dell* a été jugée raisonnablement accessible, car le consommateur n'avait qu'à cliquer sur un hyperlien pour consulter directement une page qui contenait les modalités de la vente, dont la clause d'arbitrage. Par conséquent, il n'y avait aucune distinction réelle entre le fait de pouvoir consulter la clause par le biais d'un hyperlien et celui d'avoir en sa possession une copie papier (par. 100) :

... cette clause n'est pas plus difficile d'accès pour le consommateur que si on lui avait remis une copie papier de l'ensemble du contrat comportant des conditions de vente inscrites à l'endos de la première page du document.

[98] Ce qui peut être inféré des circonstances dans *Dell* est que la clause d'arbitrage à laquelle menaient les hyperliens était, en fait, immédiatement disponible. En effet, un lien menant à la clause figurait sur chacune des pages Web auxquelles le consommateur accédait, et celui-ci n'avait qu'à cliquer une seule fois avec sa souris pour la consulter (par. 100).

[99] L'examen relatif à la disponibilité étant essentiellement une question de fait, il ne serait ni prudent ni souhaitable de tenter de définir précisément à quel moment quelque chose devient « immédiatement » disponible. En effet, une telle approche pourrait nuire à l'évolution de la common law. Il est toutefois opportun, dans le contexte du présent pourvoi, de faire quelques observations précises au sujet des hyperliens. Pour décider s'il peut inférer que le contenu auquel mène un hyperlien est immédiatement disponible, le tribunal doit prendre en considération plusieurs facteurs, notamment le type d'hyperlien, s'il s'agit d'un lien activé par l'utilisateur ou d'un lien automatique, s'il s'agit d'un lien superficiel ou d'un lien profond, et si l'information à laquelle mène le lien est accessible au grand public (ou s'il s'agit plutôt d'un contenu à

information could be accessed will be relevant to the inquiry.

[100] The effect of this approach is *not* to create a “presumption of liability for all hyperlinkers”, as Abella J. suggests (para. 25). In order to satisfy the requirements of the first component of publication, the plaintiff must establish, on a balance of probabilities, that the hyperlinker performed a deliberate act that made defamatory information readily available to a third party in a comprehensible form. Moreover, the plaintiff will also have to satisfy the requirements of the second component of publication on a balance of probabilities, namely that a third party received and understood the defamatory information.

[101] My colleague Abella J. states that “[r]eferencing on its own does not involve exerting *control* over the content” (para. 26 (emphasis in original)). Yet the concept of publication in the common law of defamation has never involved a rigid requirement of control. Instead, the inquiry has always been contextual: Did the defendant act knowingly and what were the consequences of his actions? (See Brown, at para. 7.3.) Although a formal distinction can of course be drawn between references and other acts of publication, this distinction evades the questions that are at the heart of the law of defamation. Where a person deliberately makes defamatory information readily available through the creation of a hyperlink, the very rationale for the tort of defamation comes into play.

[102] Because of the fluidity that characterizes the Internet and of the variety in types of hyperlinks, the Court should be particularly reluctant to fashion a bright-line rule. The approach it adopts must ensure that the law is properly attuned to how hyperlinks function in practice and how they may

accès restreint). Cette liste de facteurs n’est nullement exhaustive. Tout ce qui a une incidence sur la facilité avec laquelle on peut prendre connaissance des propos auxquels renvoie l’hyperlien sera pertinent à cet égard.

[100] Cette démarche *n’a pas* pour effet de créer une « présomption de responsabilité à l’égard de tous ceux qui incorporent des hyperliens dans leurs textes », comme le suggère la juge Abella (par. 25). En effet, pour satisfaire aux exigences du premier volet de la diffusion, le plaignant doit prouver, selon la prépondérance des probabilités, que la personne qui a incorporé un hyperlien dans un texte a posé un acte délibéré rendant l’information diffamatoire immédiatement disponible à un tiers, dans un format compréhensible. En outre, le plaignant doit également établir, selon la prépondérance des probabilités, que les exigences du deuxième volet de la diffusion sont satisfaites, à savoir que le tiers a reçu et compris l’information diffamatoire.

[101] Ma collègue la juge Abella affirme que « [l]e fait de renvoyer à un contenu étranger à son texte [. . .] ne comporte pas, en soi, l’exercice d’un *contrôle* sur ce contenu » (par. 26 (en italique dans l’original)). Mais le concept de diffusion de la common law en matière de diffamation n’a jamais comporté une exigence stricte de contrôle. Au contraire, l’examen a toujours été contextuel : le défendeur a-t-il agi sciemment, et quelles ont été les conséquences de ses actes? (Voir Brown, par. 7.3.) Il est certes possible d’établir une distinction formelle entre les renvois et d’autres actes de diffusion, mais une telle distinction élude les questions qui sont au cœur du droit de la diffamation. Lorsqu’une personne rend délibérément de l’information diffamatoire immédiatement disponible en créant un hyperlien, les fondements mêmes du délit de la diffamation entrent en jeu.

[102] Compte tenu de la nature fluide de l’Internet et du fait qu’il existe divers types d’hyperliens, nous devrions nous montrer très réticents à formuler une règle stricte. La Cour doit veiller à ce que le droit soit compatible avec la façon dont fonctionnent les hyperliens et la manière dont ils pourraient

evolve in the future. Merely excluding hyperlinks from the scope of the publication rule will hardly make it possible to adapt the law of defamation to technological change.

[103] By exempting ISPs from liability for their passive conduct, U.S. legislators have, in the *Communications Decency Act of 1996*, 47 U.S.C. §230 (1996), relied on the same criterion of deliberateness that exists in the common law of defamation. Nowhere does the American legislation suggest that those who deliberately create hyperlinks to defamatory material should be protected from liability. The cases cited by my colleague (at para. 28 of her reasons) all deal with the immunity enjoyed by ISPs and Web site operators with respect to defamatory content posted on line (*Zeran v. America Online, Inc.*, 129 F.3d 327 (4th Cir. 1997); *Barrett v. Rosenthal*, 146 P.3d 510 (Cal. 2006); *Fair Housing Council of San Fernando Valley v. Roommates.Com, LLC*, 521 F.3d 1157 (9th Cir. 2008)).

[104] In the English case of *Islam Expo Ltd. v. The Spectator (1828) Ltd.*, [2010] EWHC 2011 (BAILII) (Q.B.), the issue was whether the words complained of were capable of referring to the claimant. The allegedly defamatory information in that case was an on-line text containing four hyperlinks. In concluding that the words complained of were capable of referring to the claimant, the court regarded the hyperlinked information as if it was incorporated into the message containing the hyperlinks. At a conceptual level, I see no difference between looking at the hyperlinked information to identify the defamed person and looking at it to find the defamatory words. I agree with Tugendhat J.'s statement in *Islam Expo* that the principles are the same.

[105] Finally, if hyperlinks are excluded from the traditional conception of publication, there is

se transformer dans l'avenir. La simple exclusion des hyperliens de la portée de la règle en matière de diffusion permettrait difficilement au droit de la diffamation de s'adapter aux changements technologiques à venir.

[103] En exemptant de toute responsabilité les fournisseurs de services Internet qui ne jouent qu'un rôle passif dans le processus de diffusion, le législateur américain s'est fondé, dans la *Communications Decency Act of 1996*, 47 U.S.C. §230 (1996), sur le même critère du caractère délibéré qui existe dans la common law en matière de diffamation. La loi américaine ne laisse nullement entendre qu'il faut exonérer de responsabilité ceux qui créent délibérément des hyperliens menant à des propos diffamatoires. Les décisions auxquelles renvoie ma collègue (au par. 28 de ses motifs) traitent toutes de cas où les fournisseurs de services Internet et les personnes qui exploitaient des sites Web ont été exonérés de responsabilité relativement à des propos diffamatoires diffusés en ligne (*Zeran c. America Online, Inc.*, 129 F.3d 327 (4th Cir. 1997); *Barrett c. Rosenthal*, 146 P.3d 510 (Cal. 2006); *Fair Housing Council of San Fernando Valley c. Roommates.Com, LLC*, 521 F.3d 1157 (9th Cir. 2008)).

[104] Dans l'arrêt anglais *Islam Expo Ltd. c. The Spectator (1828) Ltd.*, [2010] EWHC 2011 (BAILII) (B.R.), il était question de savoir si les propos reprochés pouvaient faire allusion à la demanderesse. L'information prétendument diffamatoire en cause était un texte en ligne comprenant quatre hyperliens. En concluant que les propos reprochés pouvaient faire allusion à la demanderesse, la cour a examiné l'information à laquelle menaient les hyperliens comme si elle avait été incorporée dans le texte lui-même. Or, je ne vois aucune différence, sur le plan conceptuel, entre le fait de prendre connaissance de l'information à laquelle l'hyperlien renvoie pour identifier la personne diffamée et celui d'en prendre connaissance pour y repérer les mots diffamatoires. Je souscris à l'affirmation du juge Tugendhat dans *Islam Expo* selon laquelle les principes sont les mêmes.

[105] Enfin, l'exclusion des hyperliens de la conception traditionnelle de la diffusion risque de

a risk that freedom of expression will be favoured over reputational interests despite this Court's pronouncement that they are "equally important" (*Hill*, at para. 121). Although I agree with my colleague that the most effective remedy for someone who has been defamed on line is to sue the person who created the defamatory material (para. 41), it may not always be possible to do so in the context of the Internet. A hyperlink can make public what was originally intended for only a select audience. Moreover, anonymity is easy to achieve on line, and who created the defamatory material may not always be known. If no remedy exists against "mere" hyperlinkers, persons defamed on line may in many cases not be able to protect their reputations.

[106] In sum, an approach that focuses on how a hyperlink makes defamatory information available offers a more contextual and more nuanced response to developments in communications media than merely excluding all hyperlinks from the scope of the publication rule.

[107] Of course, proving that the hyperlinker deliberately made the defamatory content readily available will satisfy only the requirements of the first component of publication. To satisfy the requirements of the second component, the plaintiff must demonstrate that a third party received and understood the defamatory information (*McNichol*, at p. 704; *Brown*, at paras. 7.2 and 7.8; *Gatley on Libel and Slander*, at p. 164).

[108] I agree with the Court of Appeal in the instant case that a legal presumption should not be created in this regard. The legislatures of certain provinces, including British Columbia, have created presumptions of publication that apply to particular communications media. Under the *Libel and Slander Act*, R.S.B.C. 1996, c. 263, there is a presumption of publication in respect of "broadcast[s]" but not in respect of hyperlinks (s. 2). Since the legislature has seen fit to create a specific presumption

favoriser la liberté d'expression au détriment du droit à la réputation, et ce malgré la déclaration de la Cour que les deux sont « tout aussi important[s] » (*Hill*, par. 121). Bien que je souscrive à l'opinion de ma collègue que le recours le plus efficace dont dispose la personne victime de diffamation en ligne est d'intenter une poursuite contre l'auteur des propos diffamatoires (par. 41), un tel recours ne sera pas toujours possible dans le contexte de l'Internet. Un hyperlien peut avoir pour effet de rendre public ce qui, à l'origine, n'était censé viser qu'un auditoire ciblé. En outre, il est facile de conserver l'anonymat en ligne, et il se peut que l'identité de l'auteur des propos diffamatoires ne soit jamais révélée. S'il n'existe aucun recours contre de « simples » créateurs d'hyperliens, il pourrait souvent arriver que les personnes victimes de diffamation en ligne soient incapables de protéger leur réputation.

[106] En résumé, une approche qui met l'accent sur la façon dont l'hyperlien rend l'information diffamatoire disponible offre une réponse plus contextuelle et nuancée à l'évolution des moyens de communication que le simple fait d'exclure les hyperliens de la portée de la règle en matière de diffusion.

[107] Bien entendu, prouver que le créateur d'un hyperlien a délibérément rendu des propos diffamatoires immédiatement disponibles ne satisfera qu'aux exigences du premier volet de la diffusion. Pour que les exigences du deuxième volet soient satisfaites, le plaignant doit prouver qu'un tiers a reçu les propos diffamatoires et en a compris le sens (*McNichol*, p. 704; *Brown*, par. 7.2 et 7.8; *Gatley on Libel and Slander*, p. 164).

[108] Je suis d'accord avec la Cour d'appel qu'il ne convient pas d'établir une présomption légale à cet égard. Dans certaines provinces, y compris en Colombie-Britannique, le législateur a établi des présomptions de diffusion qui s'appliquent à des types particuliers de moyens de communication. La *Libel and Slander Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 263, présume qu'il y a diffusion dans les cas où les propos visés sont [TRADUCTION] « radiodiffusés ou télédiffusés », mais non dans les cas où ils sont

of publication, the Court should refrain from creating a new one.

[109] Absent a presumption of publication, the requirements of the second component of publication can be satisfied either by adducing direct evidence or, and this is more likely, by asking the court to draw an inference. Inferring that defamatory information has been read and understood is not new. In *Gaskin*, the Court, quoting *Gatley on Libel and Slander*, observed (at p. 300):

It is not necessary for the plaintiff in every case to prove directly that the words complained of were brought to the actual knowledge of some third person. If he proves facts from which it can reasonably be inferred that the words were brought to the knowledge of some third person, he will establish a prima facie case.

[110] In the context of a hyperlink, an inference that a third party clicked on the link and read and understood the linked information will depend on a variety of factors, some of which may overlap with those considered when determining whether the linked content was made “readily available”. Some, but not necessarily all, of the factors a court can consider are: whether the link was user-activated or automatic; whether it was a deep or a shallow link; whether the page contained more than one hyperlink and, if so, where the impugned link was located in relation to others; the context in which the link was presented to users; the number of hits on the page containing the hyperlink; the number of hits on the page containing the linked information (both before and after the page containing the link was posted); whether access to the Web sites in question was general or restricted; whether changes were made to the linked information and, if so, how they correlate with the number of hits on the page containing that information; and evidence concerning the behaviour of Internet users.

véhiculés par des hyperliens (art. 2). Le législateur ayant jugé bon de créer une présomption précise en matière de diffusion, la Cour devrait hésiter à en reconnaître une nouvelle.

[109] En l’absence d’une présomption de diffusion, il est possible de satisfaire aux exigences du deuxième volet de la diffusion soit en produisant une preuve directe, soit, ce qui est plus probable, en demandant au tribunal de tirer une inférence. Inférer que des propos diffamatoires ont été lus et compris n’a rien de nouveau. Dans *Gaskin*, la Cour, citant *Gatley on Libel and Slander*, a affirmé ce qui suit (p. 300) :

[TRADUCTION] Il n’est pas toujours nécessaire que le plaignant prouve directement que les propos reprochés ont bel et bien été portés à la connaissance d’un tiers quelconque. S’il établit l’existence de faits qui permettent de raisonnablement inférer que les propos ont été portés à la connaissance d’un tiers quelconque, il aura prouvé prima facie que sa cause possède un fondement.

[110] Dans le contexte d’un hyperlien, l’inférence qu’un tiers a cliqué sur le lien et lu et compris l’information à laquelle celui-ci renvoie dépendra de divers facteurs, dont certains peuvent chevaucher ceux qu’il faut prendre en compte en se demandant si le contenu en question a été rendu « immédiatement disponible ». Ainsi, un tribunal peut, entre autres — il ne s’agit pas d’une liste exhaustive —, prendre en compte les facteurs suivants : s’il s’agissait d’un lien activé par l’utilisateur ou automatique; s’il s’agissait d’un lien profond ou superficiel; si la page contenait plus d’un hyperlien et, dans l’affirmative, l’endroit où se trouvait le lien contesté par rapport aux autres liens; le contexte dans lequel le lien était présenté aux utilisateurs; le nombre de visites de la page contenant l’hyperlien; le nombre de visites de la page où figurait l’information auquel le lien renvoyait (avant que ce dernier n’ait été affiché et après qu’il l’a été); si les sites Web en cause étaient accessibles au grand public ou s’il s’agissait plutôt de sites à accès restreint; si des changements avaient été apportés à l’information à laquelle menait le lien et, le cas échéant, le lien qui existait entre ces changements et le nombre de visites de la page dans laquelle se trouvait l’information; et enfin, la preuve relative au comportement des internautes.

[111] Abella J. indicates that merely referring to defamatory material does not constitute publication of it (para. 42). Insofar as this means that a simple reference should not attract liability for defamation absent evidence that satisfies the requirements of *both* components of publication on a balance of probabilities, I agree. But if it means that a simple reference cannot form the basis for a finding of publication without actually expressing something defamatory, I cannot agree.

[112] As the Court held in *Grant*, at para. 28, a plaintiff in an action for defamation is required to prove three things to succeed: (1) that the impugned words were defamatory, (2) that the words referred to the plaintiff and (3) that they were published. Once the plaintiff establishes *prima facie* liability for defamation, the onus shifts to the defendant to raise any available defences. There are some defences that are worth discussing briefly in the context of hyperlinking.

[113] The Court has in the past alluded to the existence of an “innocent dissemination” defence: *SOCAN*. In that case, this defence was described as follows (at para. 89):

... the defence of innocent dissemination [is] sometimes available to bookstores, libraries, news vendors, and the like who, generally speaking, have no actual knowledge of an alleged libel, are aware of no circumstances to put them on notice to suspect a libel, and committed no negligence in failing to find out about the libel

[114] In my view, the innocent dissemination defence should be made available to hyperlinkers, provided that the criteria mentioned in *SOCAN* are satisfied. There are good reasons for so holding. Hyperlinkers have not created or developed the information to which they link. Moreover, although the creation of a hyperlink may often be a deliberate act that makes the creator’s role more than a passive one, the hyperlinker often has little

[111] Dans ses motifs, la juge Abella mentionne que le simple renvoi à des propos diffamatoires n’équivaut pas à une diffusion de ceux-ci (par. 42). Je suis d’accord dans la mesure où elle veut dire par là qu’un simple renvoi, en l’absence de preuve satisfaisant, selon la prépondérance des probabilités, les exigences des *deux* volets de la diffusion, n’est pas suffisant pour conclure à la responsabilité pour diffamation. Mais je ne peux souscrire à cette affirmation si elle signifie qu’un simple renvoi ne peut servir de fondement pour conclure qu’il y a diffusion dans le cas où il ne véhicule pas lui-même des propos diffamatoires.

[112] Comme la Cour l’a conclu dans *Grant*, au par. 28, celui qui intente une action en diffamation doit prouver trois éléments pour avoir gain de cause : (1) que les mots en cause sont diffamatoires, (2) que ces mots visent le demandeur et (3) qu’ils ont été diffusés. Si le demandeur parvient à établir que la responsabilité du défendeur pour diffamation est, à première vue, engagée, il incombe alors à ce dernier d’invoquer les moyens de défense qui sont à sa disposition. Certains moyens de défense méritent de brefs commentaires dans le contexte des renvois par hyperlien.

[113] La Cour a déjà fait allusion à l’existence d’un moyen de défense fondé sur la « diffusion de bonne foi » : *SOCAN*. Dans cet arrêt, ce moyen de défense a été décrit de la façon suivante (par. 89) :

... [le] moyen de défense [est] fondé sur la diffusion de bonne foi dont peuvent parfois se prévaloir librairies, bibliothèques, marchands de journaux et commerçants apparentés qui, de façon générale, n’ont aucune connaissance de la diffamation alléguée, n’ont aucune raison de supposer son existence et n’ont pas fait preuve de négligence en ne la découvrant pas

[114] À mon avis, les personnes qui créent des hyperliens devraient pouvoir invoquer le moyen de défense fondé sur la diffusion de bonne foi, à condition de satisfaire aux critères énoncés dans *SOCAN*. De bonnes raisons justifient cette conclusion. Les personnes qui créent des hyperliens n’ont pas elles-mêmes créé ou développé l’information à laquelle ceux-ci renvoient. En outre, même s’il arrive souvent que la création d’un hyperlien soit

control, if any, over the linked information. This last point is significant given the dynamic nature of the Internet. A hyperlink may originally be created to link to information that is not defamatory, but the linked information may subsequently be altered so as to become defamatory without the hyperlinker's knowledge. In such circumstances, provided that the criteria mentioned in *SOCAN* are satisfied, the innocent dissemination defence should operate until the moment the hyperlinker becomes aware that he or she is now linking to allegedly defamatory information. If this defence were widely available, it should dissuade overeager litigants from having a chilling effect on hyperlinking on the Internet.

[115] Even when the innocent dissemination defence is not available to hyperlinkers, other defences may apply, such as those of fair comment (*WIC*) and of responsible communication on matters of public interest (*Grant*). In *Grant*, the Court, quoting *Jameel v. Wall Street Journal Europe SPRL*, [2006] UKHL 44, [2007] 1 A.C. 359, at para. 54, made the latter defence “available to anyone who publishes material of public interest in any medium” (para. 96). Moreover, it defined the concept of “public interest” expansively (at para. 106):

Public interest is not confined to publications on government and political matters, as it is in Australia and New Zealand. Nor is it necessary that the plaintiff be a “public figure”, as in the American jurisprudence since *Sullivan [New York Times Co. v. Sullivan]*, 376 U.S. 254 (1964)]. Both qualifications cast the public interest too narrowly. The public has a genuine stake in knowing about many matters, ranging from science and the arts to the environment, religion and morality. The democratic interest in such wide-ranging public debate must be reflected in the jurisprudence.

le fruit d'un acte délibéré et que le créateur joue plus qu'un simple rôle passif, ce dernier n'exerce souvent que peu de contrôle, voire aucun, sur l'information à laquelle l'hyperlien renvoie. Ce dernier point est important, compte tenu de la nature dynamique d'Internet. Un hyperlien peut avoir été créé à l'origine pour mener à de l'information qui n'est pas diffamatoire, mais cette information peut par la suite être modifiée de telle sorte qu'elle le devient, et ce, à l'insu de la personne qui a créé l'hyperlien. Dans ces circonstances, à condition que les critères énoncés dans *SOCAN* soient par ailleurs remplis, cette personne devrait pouvoir invoquer le moyen de défense fondé sur la diffusion de bonne foi jusqu'à ce qu'elle apprenne que son hyperlien mène désormais à de l'information prétendument diffamatoire. Le fait qu'on puisse facilement invoquer ce moyen de défense devrait dissuader les plaignants trop vindicatifs d'entraver l'usage des hyperliens.

[115] Même dans les cas où ils ne peuvent invoquer le moyen de défense fondé sur la diffusion de bonne foi, les créateurs d'hyperliens pourront possiblement se prévaloir d'autres moyens de défense, tels la défense du commentaire loyal (*WIC*) et celle de la communication responsable concernant des questions d'intérêt public (*Grant*). Dans *Grant*, la Cour, citant *Jameel c. Wall Street Journal Europe SPRL*, [2006] UKHL 44, [2007] 1 A.C. 359, par. 54, a affirmé que « quiconque diffuse du matériel d'intérêt public, quel que soit le média » (par. 96), peut se prévaloir de ce dernier moyen de défense. En outre, la Cour a défini la notion d'« intérêt public » de façon large (par. 106) :

L'intérêt public n'est pas confiné aux publications portant sur les questions gouvernementales et politiques, comme c'est le cas en Australie et en Nouvelle-Zélande. Il n'est pas nécessaire non plus que le demandeur soit un « personnage public » comme l'exige la jurisprudence américaine depuis *Sullivan [New York Times Co. c. Sullivan]*, 376 U.S. 254 (1964)]. Dans ces deux cas, l'intérêt public est défini de façon trop étroite. Le public a véritablement intérêt à être au courant d'un grand éventail de sujets concernant tout autant la science et les arts que l'environnement, la religion et la moralité. L'intérêt démocratique pour que se tiennent des débats publics sur une gamme de sujets de cette ampleur doit se traduire dans la jurisprudence.

[116] These defences, when available, would enable the hyperlinker to justify his or her conduct and avoid liability.

[117] It should be evident that the law of defamation, viewed as a whole, is the result of a sustained effort to maintain a balance between the protection of reputation and freedom of expression. An approach that limits the discussion to the fact that what is in issue is a reference and disregards the context, including the nature of the reference and the various aspects of the law of defamation, is too narrow. In my view, the question of publication must be approached from a wider perspective, bearing in mind the incremental adjustments made to the law of defamation in recent years (e.g., *WIC* and *Grant*). Moreover, any further adjustments to defamation law should also be made incrementally, not by way of a sweeping declaration that treats all forms of reference alike and rules out the possibility of a reference to defamatory material supporting a finding of publication.

V. Application

[118] Mr. Newton admits that he created the two hyperlinks which refer readers to the allegedly defamatory information.

[119] Mr. Newton's involvement in creating the hyperlinks cannot be described as a passive instrumental role equivalent to that of a mere conduit, such as an ISP or a telephone carrier. His acts were deliberate. Moreover, it is common ground that the allegedly defamatory information to which Mr. Newton linked was available to Internet users in a comprehensible form, and without restrictions. The question is whether the information was readily available.

[120] The first link, "[OpenPolitics.ca](#)", was a shallow link to the Open Politics Web site. The evidence indicates that to consult the allegedly defamatory articles on that Web site, Internet users who

[116] Ces moyens de défense, dans les cas où ils peuvent être invoqués à bon droit, permettent à la personne qui a créé l'hyperlien de justifier ses actes et d'échapper à toute responsabilité.

[117] Il devrait être évident que le droit de la diffamation, pris dans son ensemble, résulte d'efforts soutenus visant à maintenir un équilibre entre la protection de la réputation et la liberté d'expression. Une approche qui réduit le débat à la seule question du renvoi sans faire place au contexte, y compris la nature du renvoi en cause et les divers aspects du droit de la diffamation, est trop étroite. Selon moi, il convient d'aborder la question de la diffusion dans une perspective plus large qui tient compte des ajustements qui ont été progressivement apportés au droit de la diffamation au cours des dernières années (p. ex., *WIC* et *Grant*). En outre, tout nouvel ajustement au droit de la diffamation doit également se faire de façon progressive et non en énonçant de manière radicale une règle qui ne fait aucune distinction parmi les diverses formes de renvoi et élimine toute possibilité que la diffusion de propos diffamatoires puisse résulter du simple renvoi à ceux-ci.

V. Application

[118] M. Newton reconnaît avoir créé les deux hyperliens qui renvoient à l'information prétendument diffamatoire.

[119] On ne saurait conclure qu'en participant à la création des hyperliens M. Newton ne jouait qu'un rôle instrumental passif, semblable à celui d'un simple intermédiaire, tel un fournisseur de services Internet ou téléphoniques. Ses actes étaient délibérés. De plus, nul ne conteste que l'information prétendument diffamatoire à laquelle renvoyaient les hyperliens qu'il avait créés était disponible sans restriction aucune, dans un format compréhensible. La question qui se pose est de savoir si l'information était immédiatement disponible.

[120] Le premier lien, intitulé « [OpenPolitics.ca](#) », était un lien superficiel menant au site Web Open Politics. La preuve révèle que pour consulter les articles dans ce site Web, les utilisateurs qui

initially clicked on the shallow link would then have had to take further action (i.e. click on other links) to locate them.

[121] The second link, “Wayne Crookes”, was a deep link to an article on www.USGovernetics.com that Mr. Crookes also alleges to be defamatory. Clicking on the link would take a user directly to the allegedly defamatory information.

[122] Both of these hyperlinks appeared in an article entitled “Free Speech in Canada”, which contained five other hyperlinks. The article dealt with free speech and defamation law, and referred to lawsuits concerning these issues. There were 1,788 hits on it between July 18, 2006, when it was created, and February 1, 2008.

[123] There is nothing in the record that indicates whether anyone other than Mr. Crookes clicked on any of the links. Nor is there any information, from any point in time, on the number of hits on the Web pages containing the allegedly defamatory statements. And no evidence has been presented regarding the behaviour of Internet users.

[124] Having regard to the totality of the circumstances, I am not prepared to infer in this case that the link to the Open Politics Web site made the defamatory content readily available. Because this was a shallow link, the reader would have to take further action in order to find the defamatory material. Exactly what action would have been necessary is unclear, but the evidence indicates that the various articles were not placed on the site’s home page and that they had separate addresses. This constituted a meaningful barrier to the receipt, by a third party, of the linked information. Insofar as Mr. Crookes’ defamation action against Mr. Newton is premised on this hyperlink, it cannot succeed.

[125] However, I am prepared to infer that the “Wayne Crookes” link to the allegedly defamatory article on www.USGovernetics.com did make

avaient initialement cliqué sur le lien superficiel devaient poursuivre leur navigation (c.-à-d. cliquer à nouveau) pour y parvenir.

[121] Le deuxième lien, intitulé « Wayne Crookes », était un lien profond menant à un article sur www.USGovernetics.com qui, selon M. Crookes, était également diffamatoire. En cliquant sur le lien, l'utilisateur obtenait directement l'information prétendument diffamatoire.

[122] Les deux hyperliens figuraient dans l'article intitulé « *Free Speech in Canada* », qui contenait cinq autres hyperliens. L'article portait sur la liberté d'expression et le droit de la diffamation et faisait mention de poursuites relativement à ces questions. Il y a eu 1 788 visites de cet article entre le moment où il a été créé, le 18 juillet 2006, et le 1^{er} février 2008.

[123] Le dossier ne contient aucun renseignement permettant de savoir si une personne autre que M. Crookes a cliqué sur l'un ou l'autre des liens. Il ne contient pas non plus de renseignement, eu égard à quelque moment que ce soit, sur le nombre de visites des pages Web qui contenaient les propos prétendument diffamatoires. Aucune preuve n'a été produite au sujet du comportement des internautes.

[124] Compte tenu de l'ensemble des circonstances, je ne suis pas disposée à inférer que le lien menant au site Web Open Politics rendait le contenu diffamatoire immédiatement disponible. Comme il s'agissait d'un lien superficiel, le lecteur devait naviguer davantage afin de trouver ce contenu. On ignore ce qu'il fallait faire exactement pour y parvenir, mais il ressort de la preuve que les divers articles ne figuraient pas sur la page d'accueil du site Web et qu'ils avaient des adresses distinctes. Cela constituait un obstacle important que les tiers devaient franchir pour obtenir l'information visée. Dans la mesure où l'action en diffamation intentée par M. Crookes contre M. Newton est fondée sur cet hyperlien, elle ne saurait être accueillie.

[125] Je suis toutefois disposée à inférer que le lien intitulé « Wayne Crookes », qui menait à l'article prétendument diffamatoire figurant dans le site

the content of that article readily available. It was a deep link. All the reader had to do to gain access to the article was to click on the link. The effort required to do this is not significantly different from the effort that would be required to move up or down the same page to read the article. A single click does not constitute a barrier to the availability of the material. Thus, Mr. Crookes has satisfied the requirements of the first component of publication on a balance of probabilities where this link is concerned.

[126] On the second component of publication, I agree with the Court of Appeal, which was unanimous on this point, that the courts should not create a presumption of publication with respect to hyperlinks. As I mentioned above, and as Prowse J.A. explained (at para. 41), the creation of a new presumption in this field is a matter that would be better left to the legislature.

[127] The determinative question is therefore whether Mr. Crookes has proven facts from which it can reasonably be inferred that the allegedly defamatory information was brought to the knowledge of some third person. On this point, I agree with the majority of the Court of Appeal that the evidence in this case does not support such an inference. I come to this conclusion mindful of the Internet context, the nature of Mr. Newton's article, the way the various links were presented, the facts that the "Wayne Crookes" link was the third of seven links contained in Mr. Newton's article and that at least one shallow link appeared before it, and the number of hits on the article between July 18, 2006, and February 1, 2008. Numbers take on a different meaning in the context of the Internet. The number of hits on Mr. Newton's article — 1,788 — in the 18-month period does not provide a sufficient basis for concluding that out of the seven hyperlinks, someone has both clicked on the only link that made the defamatory information readily available and read that information.

www.USGovernetics.com, rendait effectivement le contenu de cet article immédiatement disponible. Il s'agissait d'un lien profond. Pour consulter l'article, le lecteur n'avait qu'à activer l'hyperlien d'un seul clic de souris. Cette action n'est pas très différente de celle de parcourir la même page afin de lire l'article. Le simple fait de devoir cliquer pour lire les propos ne constitue pas un obstacle à leur disponibilité. Par conséquent, M. Crookes a établi, selon la prépondérance des probabilités, que les exigences du premier volet de la diffusion étaient satisfaites pour ce qui est de ce lien.

[126] En ce qui concerne le deuxième volet de la diffusion, je souscris à l'opinion de la Cour d'appel, unanime sur ce point, que les tribunaux ne devraient pas créer de présomption de diffusion relativement aux hyperliens. Comme je l'ai déjà mentionné, et comme l'a expliqué la juge Prowse (au par. 41), il vaut mieux laisser au législateur le soin de créer une nouvelle présomption dans ce domaine.

[127] La question déterminante est donc celle de savoir si M. Crookes a établi des faits qui permettent raisonnablement d'inférer que l'information prétendument diffamatoire a été portée à la connaissance d'un tiers quelconque. Sur ce point, je souscris à l'opinion majoritaire de la Cour d'appel que la preuve ne permet pas de tirer une telle inférence. J'en suis venue à cette conclusion en ayant à l'esprit le contexte de l'Internet, la nature de l'article de M. Newton, la façon dont les divers liens étaient présentés, le fait que le lien « Wayne Crookes » était le troisième d'une série de sept liens incorporés dans cet article, le fait qu'il y avait au moins un lien superficiel avant ce lien, et le nombre de visites de l'article entre le 18 juillet 2006 et le 1^{er} février 2008. Le nombre de fois qu'on fait quelque chose a une signification particulière dans le contexte de l'Internet. Le nombre de visites de l'article de M. Newton pendant la période de 18 mois en cause, à savoir 1 788, n'est pas suffisant pour conclure que quelqu'un a utilisé le seul lien — parmi les sept hyperliens incorporés dans l'article — qui rendait l'information diffamatoire immédiatement disponible et lu cette information.

[128] In Internet law, as it presently stands, a bare number of hits will tell the trier of fact very little. As the majority of the Court of Appeal noted (at para. 92):

In the context of internet life, we have no way to assess the volume of “hits” here compared to the norm, the usual behaviour of internet readers or “surfers”, or the jurisdiction in which they reside. The conclusion drawn by my colleague is, with respect, tantamount to a presumption that in the case of a website accessed to any significant extent, there has been communication of the offensive material. . . . There may be cases in which more is known supporting such an inference, but such is not the case here where all that is before us is the bald number of hits. In my view there is an insufficient basis upon which to make such an inference

[129] Because Mr. Crookes has not established facts supporting the second component of publication, he cannot succeed in his defamation action with respect to either of the impugned hyperlinks.

[130] As a final comment, I would point out that, even if Mr. Newton had been found *prima facie* to be liable for defamation, he could likely, having regard to the record before the Court, have raised one of the existing defences, given that his article concerned matters that were arguably of public interest. I conclude that the hyperlinks at issue in this case did not result in publication of the information to which they referred the reader, and I would therefore dismiss the appeal with costs.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellants: Taylor Jordan Chafetz, Vancouver; Stewart, Aulinger & Company, Vancouver.

Solicitors for the respondent: Owen Bird Law Corporation, Vancouver.

Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: Torys, Toronto.

[128] Dans l'état actuel du droit de l'Internet, les juges des faits ne peuvent pas déduire grand-chose d'un simple nombre de visites d'une page Web. La majorité de la Cour d'appel a souligné ce qui suit (par. 92) :

[TRADUCTION] Dans le contexte de l'Internet, il nous est impossible d'apprécier le nombre de « visites » en cause dans la présente affaire en fonction de la norme, du comportement habituel des lecteurs de contenu dans l'Internet, ou « internautes », ou du ressort où ils résident. En toute déférence, j'estime que la conclusion tirée par mon collègue revient à présumer qu'il y a eu communication des propos choquants si le site Web où ils se trouvent a été assez souvent consulté. [. . .] Il se peut que dans certains cas on dispose de plus de renseignements permettant de faire une telle inférence, mais ce n'est pas le cas en l'espèce, où nous ne disposons que du nombre de visites. Selon moi, il n'y a pas de fondement suffisant pour faire une telle inférence en l'espèce

[129] Comme M. Crookes n'est pas parvenu à établir les faits qui auraient permis de satisfaire au deuxième volet de la diffusion, l'action en diffamation qu'il a intentée relativement à l'un ou l'autre des hyperliens contestés ne saurait être accueillie.

[130] En dernier lieu, j'aimerais souligner que même s'il avait été conclu qu'à première vue la responsabilité de M. Newton pour diffamation était engagée, celui-ci aurait probablement pu, compte tenu du dossier dont la Cour disposait, invoquer l'un des moyens de défense existants en faisant valoir que son article traitait de questions d'intérêt public. Je conclus que les hyperliens en cause dans la présente affaire n'ont pas diffusé l'information à laquelle ils renvoyaient et je suis donc d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs des appelants: Taylor Jordan Chafetz, Vancouver; Stewart, Aulinger & Company, Vancouver.

Procureurs de l'intimé: Owen Bird Law Corporation, Vancouver.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles: Torys, Toronto.

Solicitors for the intervener the Samuelson-Glushko Canadian Internet Policy and Public Interest Clinic: Gowling Lafleur Henderson, Ottawa.

Solicitors for the intervener NetCoalition: Lenczner Slaght Royce Smith Griffin, Toronto.

Solicitors for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association: Blake, Cassels & Graydon, Vancouver.

Solicitors for the interveners the Canadian Newspaper Association, Ad IDEM/Canadian Media Lawyers Association, Magazines Canada, Canadian Journalists for Free Expression, the Writers' Union of Canada, the Professional Writers Association of Canada, PEN Canada and the Canadian Publishers' Council: Farris, Vaughan, Wills & Murphy, Vancouver.

Procureurs de l'intervenante la Clinique d'intérêt public et de politique d'internet du Canada Samuelson-Glushko : Gowling Lafleur Henderson, Ottawa.

Procureurs de l'intervenante NetCoalition : Lenczner Slaght Royce Smith Griffin, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique : Blake, Cassels & Graydon, Vancouver.

Procureurs des intervenants l'Association canadienne des journaux, Ad IDEM/Canadian Media Lawyers Association, Magazines Canada, Journalistes canadiens pour la liberté d'expression, Writers' Union of Canada, Professional Writers Association of Canada, PEN Canada et Canadian Publishers' Council : Farris, Vaughan, Wills & Murphy, Vancouver.

Robert Katigbak *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

**Canadian Civil Liberties
Association** *Intervener*

INDEXED AS: R. v. KATIGBAK

2011 SCC 48

File No.: 33762.

2011: February 21; 2011: October 20.

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

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

Criminal law — Child pornography — Defences — Accused charged with one count possession of child pornography between 1999 and 2006 — Statutory defences amended 2005 — Accused testifying purpose of collecting child pornography to create artistic exhibition from perspective of exploited children — Trial judge accepting testimony and acquitting accused on basis of pre-2005 artistic merit defence — Whether accused's actions constituted artistic merit or served public good per pre-2005 defences — Whether accused's actions had legitimate purpose which did not pose undue risk of harm per post-2005 defence — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 163(3), 163.1(6).

Criminal law — Appeal from acquittal — Powers of court of appeal — Accused charged with one count possession of child pornography between 1999 and 2006 — Trial judge acquitting accused — Court of Appeal overturning acquittal and registering conviction — Whether substituting conviction exceeded Court of Appeal's jurisdiction limited to questions of

Robert Katigbak *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

**Association canadienne des libertés
civiles** *Intervenante*

RÉPERTORIÉ : R. c. KATIGBAK

2011 CSC 48

N^o du greffe : 33762.

2011 : 21 février; 2011 : 20 octobre.

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

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

Droit criminel — Pornographie juvénile — Moyens de défense — Accusé inculpé d'un chef de possession de pornographie juvénile entre 1999 et 2006 — Moyens de défense prévus par la loi modifiés en 2005 — L'accusé a témoigné qu'il collectionnait des documents de pornographie juvénile en vue de monter une exposition artistique exposant le point de vue d'enfants exploités — La juge du procès a accepté ce témoignage et acquitté l'accusé sur la base du moyen de défense fondé sur la valeur artistique qui existait avant 2005 — Les actes de l'accusé étaient-ils visés par le moyen de défense fondé sur la valeur artistique ou celui fondé sur le bien public qui existaient avant 2005? — Les actes de l'accusé visaient-ils un but légitime qui ne posait aucun risque indu conformément au moyen de défense qui existe depuis 2005? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 163(3), 163.1(6).

Droit criminel — Appel contre un acquittement — Pouvoirs d'une cour d'appel — Accusé inculpé d'un chef de possession de pornographie juvénile entre 1999 et 2006 — La juge du procès a acquitté l'accusé — La Cour d'appel a annulé le verdict d'acquittement et inscrit une déclaration de culpabilité — La Cour d'appel a-t-elle outrepassé sa compétence, qui se limite aux questions de

law — *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 676(1)(a), 686(4)(b)(ii).

Criminal law — Information — Accused charged with one count possession of child pornography between 1999 and 2006 — Statutory defences amended 2005 — Whether Information defective because only one count of offence charged for period during which statutory defences amended.

The appeal concerns the nature and scope of the child pornography defences found in the *Criminal Code* as they existed before and after Parliament amended those provisions. Prior to November 1, 2005, the defence under s. 163.1(6) applied if the accused raised a reasonable doubt as to his or her guilt by establishing, *inter alia*, the material's artistic merit. In addition, the accused would be acquitted where the acts served, but did not extend beyond what served, the public good (s. 163(3)). After November 1, 2005, the public good defence no longer applied and s. 163.1(6) was amended to provide a defence if the acts: (1) had a legitimate purpose related to the administration of justice or to science, medicine, education or art; and (2) did not pose undue risk of harm to persons under the age of eighteen. The accused was charged with one count of possessing child pornography between 1999 and 2006, therefore engaging both versions of the defence. He testified that he was in possession of child pornography for the purpose of creating an artistic exhibition that would present the issue of child exploitation from the perspective of the child. Accepting that testimony, the trial judge held the accused was entitled to rely on the defences as they existed before and after the 2005 amendments and acquitted him on the basis of the pre-2005 artistic merit defence. The Court of Appeal set aside the acquittal and registered a conviction, concluding that none of the defences were available to the accused on the record.

Held: The appeal should be allowed and a new trial ordered.

Per McLachlin C.J. and Binnie, Deschamps, Abella, Charron, Rothstein and Cromwell JJ.: The trial judge made errors of law regarding both versions of s. 163.1(6). First, she erred by finding that the pornographic material fell within the scope of the pre-2005 artistic merit defence on the ground that the accused

droit, en remplaçant le verdict d'acquiescement par une déclaration de culpabilité? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 676(1)a), 686(4)b)(ii).

Droit criminel — Dénonciation — Accusé inculpé d'un chef de possession de pornographie juvénile entre 1999 et 2006 — Moyens de défense prévus par la loi modifiés en 2005 — La dénonciation était-elle viciée parce qu'elle ne comportait qu'un seul chef d'accusation pour la période en cause, pendant laquelle les moyens de défense prévus par la loi ont été modifiés?

Le présent pourvoi porte sur la nature et la portée des moyens de défense prévus au *Code criminel* en matière de pornographie juvénile tels qu'ils existaient avant que le législateur n'y apporte des modifications et tels qu'ils existent depuis ces modifications. Avant le 1^{er} novembre 2005, l'accusé pouvait invoquer le moyen de défense prévu au par. 163.1(6) s'il soulevait un doute raisonnable quant à sa culpabilité, notamment en établissant la valeur artistique des documents en cause. De plus, l'accusé devait être acquitté si les actes en cause avaient servi le bien public, mais n'avaient pas outrepassé ce qui avait servi celui-ci (s. 163(3)). Depuis le 1^{er} novembre 2005, le moyen de défense fondé sur le bien public ne s'applique plus; le par. 163.1(6) a été modifié de telle sorte qu'il permet d'invoquer un moyen de défense si les actes en cause : (1) avaient un but légitime lié à l'administration de la justice, à la science, à la médecine, à l'éducation ou aux arts; et (2) ne posaient pas de risque indu pour les personnes âgées de moins de dix-huit ans. L'accusé ayant été inculpé d'un seul chef de possession de pornographie juvénile de 1999 à 2006, il pouvait invoquer l'ensemble de ces moyens de défense. Il a témoigné avoir été en possession de pornographie juvénile en vue de monter une exposition artistique qui exposerait le problème de l'exploitation des enfants du point de vue de ces derniers. Ayant accepté ce témoignage, la juge du procès a conclu que l'accusé pouvait invoquer les moyens de défense qui existaient avant les modifications de 2005 et l'a acquitté sur la base du moyen de défense fondé sur la valeur artistique qui existait avant 2005. La Cour d'appel a annulé le verdict d'acquiescement et inscrit une déclaration de culpabilité, concluant que, selon le dossier, l'accusé ne pouvait invoquer aucun des moyens de défense.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli et la tenue d'un nouveau procès est ordonnée.

La juge en chef McLachlin et les juges Binnie, Deschamps, Abella, Charron, Rothstein et Cromwell : La juge du procès a commis des erreurs de droit en ce qui concerne l'une et l'autre version du par. 163.1(6). D'abord, elle s'est trompée en concluant que le matériel pornographique était visé par le moyen de défense fondé

possessed the material for an artistic purpose, notwithstanding the fact that the material itself had no artistic merit. Second, she erred in her interpretation of the phrase “legitimate purpose” in the current defence by inquiring solely into the accused’s subjective purpose for possessing the material. Parliament’s use of the word “legitimate” connotes its intention that the connection between the impugned activity and the stated purpose also be objectively verifiable. That is, based on all the circumstances: (1) there is an objective connection between the accused’s actions and his or her purpose; and (2) there is an objective relationship between the accused’s purpose and one or more of the protected activities (administration of justice, science, medicine, education or art).

In light of those errors, the Court of Appeal was correct to set aside the acquittal. However, it erred in substituting a conviction. The proper remedy is a new trial. Appellate courts may only substitute an acquittal with a conviction if the trial judge’s findings of fact, viewed in light of the applicable law, supported a conviction beyond a reasonable doubt (s. 686(4)(b)(ii)). In making findings of fact about the accused’s activities and that they extended beyond what served the public good, the Court of Appeal went beyond the jurisdiction conferred on it which, in an appeal from acquittal, is limited to questions of law alone (s. 676(1)(a)). As the trial judge did not make the requisite factual inquiries, an appellate court cannot conclude on this record whether the pre-2005 defence of public good would be successful or not. The same is true in relation to the current defence. The connection between the repeated collection and storing of child pornography over a seven-year span and the accused’s stated purpose of creating an art exhibition was highly contentious at trial. In the circumstances, the trial judge’s findings of fact on credibility cannot simply be applied to answer the objective component of the legitimate purpose branch of the defence. Because the factual underpinnings for the objective component of the legitimate purpose branch of the defence were not fully explored, the appropriate remedy is to order a new trial. As to the undue risk of harm branch, the Court of Appeal erred by relying on a community standard of tolerance test to determine if the risk of harm posed was undue. The correct approach is to assess whether the physical and/or the psychological harm is objectively ascertainable and whether the level of the harm poses a significant risk to children. The question is what degree of harm will be tolerated in the case of activity that has a legitimate purpose. The Court of Appeal also erred by substituting its own views on the harm posed by the accused. Determining the ways that the accused’s conduct posed a risk of harm to young

sur la valeur artistique qui existait avant 2005 au motif que l’accusé avait eu le matériel en sa possession dans un but artistique, et ce malgré le fait que le matériel en soi n’avait aucune valeur artistique. Ensuite, elle a commis une erreur dans son interprétation de l’expression « but légitime » qui se trouve dans le moyen de défense actuel en s’enquérant seulement du but subjectif dans lequel l’accusé avait eu le matériel en sa possession. L’emploi par le législateur du terme « légitime » témoigne de sa volonté que le lien entre l’acte reproché et le but proposé soit objectivement vérifiable. Autrement dit, il doit exister, compte tenu de toutes les circonstances : (1) un lien objectif entre les actes de l’accusé et le but qu’il poursuivait; et (2) un lien objectif entre le but de l’accusé et l’une ou plusieurs des activités protégées (administration de la justice, science, médecine, éducation ou arts).

Compte tenu de ces erreurs, la Cour d’appel a eu raison d’annuler le verdict d’acquittal. Cependant, elle a commis une erreur en lui substituant une déclaration de culpabilité. La réparation appropriée consiste à tenir un nouveau procès. Les cours d’appel ne peuvent remplacer un verdict d’acquittal par un verdict de culpabilité que si les conclusions de fait du juge du procès étaient, au regard du droit applicable, une déclaration de culpabilité hors de tout doute raisonnable (sous-al. 686(4)(b)(ii)). En tirant des conclusions de fait concernant les actes de l’accusé et en concluant qu’ils avaient outrepassé ce qui avait servi le bien public, la Cour d’appel a outrepassé la compétence qui lui est conférée, laquelle, dans le cadre d’un appel contre un acquittal, se limite aux questions de droit seulement (al. 676(1)(a)). La juge du procès n’ayant pas analysé les faits comme elle aurait dû le faire, une cour d’appel ne pouvait décider, sur la foi du dossier dont elle disposait, si l’accusé pouvait ou non invoquer avec succès le moyen de défense fondé sur le bien public qui existait avant 2005. Il en va de même avec le moyen de défense actuel. Le lien entre le fait que l’accusé avait accumulé et conservé de la pornographie juvénile sur une période de sept ans et le but qu’il avait dit poursuivre, à savoir monter une exposition artistique, a été une question fort litigieuse au procès. Dans ces circonstances, il ne suffit pas d’appliquer les conclusions de fait tirées par la juge du procès en ce qui concerne la crédibilité de l’accusé pour déterminer s’il est satisfait à l’élément objectif du volet du moyen de défense relatif au but légitime. Comme les faits qui sous-tendent cet élément n’ont pas fait l’objet d’un examen complet, il convient d’ordonner la tenue d’un nouveau procès. En ce qui concerne le volet relatif au risque indu, la Cour d’appel a commis une erreur en appliquant la norme de la tolérance de la société pour décider si le risque posé était indu. L’approche à suivre consiste à se demander si le préjudice physique et/ou psychologique est objectivement vérifiable et si le degré de préjudice pose un risque important pour les enfants. La

persons and whether the risk of harm was undue will be questions to be determined based on the evidence at the new trial.

Finally, while it may have been preferable to charge the accused separately for the activities in the pre- and post-amendment periods, the Crown's decision to lay a single charge is not fatal. The Information was not duplicitous as it was clear to the accused that he had to meet both defences for both periods of the alleged offence, and his defence was conducted accordingly. Moreover, he was not prejudiced, since he would have been required to meet both defences had the Crown charged him with separate counts of the offence.

Per LeBel and Fish JJ.: The social interests at stake in relation to child pornography offences are not all the same and the importance of the public interest is not identical. Thus, the nature and scope of the defence must be consistent with the nature of the crime itself. Without downplaying its seriousness, possession can entail a lesser risk to the public and to children than the making and distribution of child pornography. The harm to be proven to establish an "undue risk of harm" must therefore be greater than the generic harms associated with possession of child pornography. A court must find facts and circumstances that create an undue risk in the context of the case before it, such as a lack of security and ease of access to the material by others. The effect of holding that the generic harms amount to undue risk is to practically eliminate a defence left open by Parliament where the purpose of the possession is related to the administration of justice, science, medicine, education or art.

Cases Cited

By McLachlin C.J. and Charron J.

Applied: *R. v. Labaye*, 2005 SCC 80, [2005] 3 S.C.R. 728; **referred to:** *R. v. Sharpe*, 2001 SCC 2,

question est de savoir quel degré de préjudice sera toléré dans le cas d'une activité menée dans un but légitime. La Cour d'appel a également commis une erreur en substituant sa propre appréciation du risque que pose l'accusé à celle de la juge du procès. La question de savoir en quoi le comportement de l'accusé posait un risque pour les personnes mineures et celle de savoir si ce risque était indu seront tranchées à la lumière de la preuve qui sera présentée au nouveau procès.

Enfin, bien qu'il eût peut-être été préférable de porter des accusations distinctes contre l'accusé relativement à ses activités précédant les modifications de 2005 et à ses activités postérieures à celles-ci, la décision du ministère public de ne porter qu'une seule accusation contre lui ne vicie pas irrémédiablement l'acte d'accusation. La dénonciation n'était pas double et il était clair pour l'accusé qu'il devait satisfaire aux exigences de deux moyens de défense relativement aux deux périodes durant lesquelles il aurait commis l'infraction qui lui est reprochée, sa défense ayant été présentée en conséquence. De plus, il n'a subi aucun préjudice puisqu'il lui aurait fallu satisfaire aux exigences de deux moyens de défense si le ministère public avait décidé de déposer un chef d'accusation pour chaque période en cause.

Les juges LeBel et Fish : Les intérêts sociaux en jeu en ce qui concerne l'ensemble des infractions de pornographie juvénile ne sont pas tous les mêmes et l'importance de l'intérêt public n'est pas identique dans tous les cas. Par conséquent, la nature et la portée du moyen de défense doivent être conformes à la nature du crime lui-même. Sans vouloir en minimiser la gravité, la possession de pornographie juvénile pose un risque moins important pour le public, notamment les enfants, que la production et la distribution. Le préjudice à prouver pour établir l'existence d'un « risque indu » doit donc être plus grave que celui que l'on associe ordinairement à la possession de pornographie juvénile. Les tribunaux doivent conclure à l'existence de faits et de circonstances qui créent un risque indu dans le contexte de l'affaire dont ils sont saisis, telles l'absence de sécurité et la facilité d'accès au matériel par des tiers. Conclure que le préjudice associé ordinairement à la possession de pornographie juvénile constitue un risque indu a pour effet d'éliminer à toutes fins pratiques un moyen de défense que le législateur a décidé de laisser à la disposition de l'accusé dans les cas où celui-ci a le matériel en sa possession dans un but lié à l'administration de la justice, à la science, à la médecine, à l'éducation ou aux arts.

Jurisprudence

Citée par la juge en chef McLachlin et la juge Charron

Arrêt appliqué : *R. c. Labaye*, 2005 CSC 80, [2005] 3 R.C.S. 728; **arrêts mentionnés :** *R. c. Sharpe*,

[2001] 1 S.C.R. 45; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; *R. v. McIntosh*, [1995] 1 S.C.R. 686; *R. v. Proulx*, 2000 SCC 5, [2000] 1 S.C.R. 61; *R. v. Mara*, [1997] 2 S.C.R. 630; *R. v. Shepherd*, 2009 SCC 35, [2009] 2 S.C.R. 527; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; *R. v. Morelli*, 2010 SCC 8, [2010] 1 S.C.R. 253; *R. v. City of Sault Ste. Marie*, [1978] 2 S.C.R. 1299.

Statutes and Regulations Cited

An Act to amend the Criminal Code (protection of children and other vulnerable persons) and the Canada Evidence Act, Bill C-2, 1st Sess., 38th Parl., 2004-2005 (assented to July 20, 2005), S.C. 2005, c. 32.
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 163, 163.1 [ad. 1993, c. 46, s. 2; am. 2005, c. 32, s. 7], 172, 590(1)(b), 676(1)(a), 686(4)(b)(ii).

Authors Cited

Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2008.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Moldaver, Simmons and Blair J.J.A.), 2010 ONCA 411, 263 O.A.C. 301, 255 C.C.C. (3d) 365, 76 C.R. (6th) 330, 212 C.R.R. (2d) 272, 100 O.R. (3d) 481, [2010] O.J. No. 2412 (QL), 2010 CarswellOnt 3838, setting aside the accused's acquittal for possession of child pornography and entering a conviction. Appeal allowed and new trial ordered.

David E. Harris, for the appellant.

Christine Bartlett-Hughes, for the respondent.

Christopher D. Bredt, Margot Finley and Jamie Cameron, for the intervener.

The judgment of McLachlin C.J. and Binnie, Deschamps, Abella, Charron, Rothstein and Cromwell J.J. was delivered by

THE CHIEF JUSTICE AND CHARRON J. —

I. Overview

[1] This appeal concerns the nature and scope of the child pornography defences found in the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, as they existed

2001 CSC 2, [2001] 1 R.C.S. 45; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *R. c. McIntosh*, [1995] 1 R.C.S. 686; *R. c. Proulx*, 2000 CSC 5, [2000] 1 R.C.S. 61; *R. c. Mara*, [1997] 2 R.C.S. 630; *R. c. Shepherd*, 2009 CSC 35, [2009] 2 R.C.S. 527; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; *R. c. Morelli*, 2010 CSC 8, [2010] 1 R.C.S. 253; *R. c. Ville de Sault Ste-Marie*, [1978] 2 R.C.S. 1299.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 163, 163.1 [aj. 1993, ch. 46, art. 2; mod. 2005, ch. 32, art. 7], 172, 590(1)b), 676(1)a), 686(4)b)(ii).
Loi modifiant le Code criminel (protection des enfants et d'autres personnes vulnérables) et la Loi sur la preuve au Canada, projet de loi C-2, 1^{re} sess., 38^e lég., 2004-2005 (sanctionnée le 20 juillet 2005), L.C. 2005, ch. 32.

Doctrine citée

Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5th ed. Markham, Ont. : LexisNexis, 2008.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (les juges Moldaver, Simmons et Blair), 2010 ONCA 411, 263 O.A.C. 301, 255 C.C.C. (3d) 365, 76 C.R. (6th) 330, 212 C.R.R. (2d) 272, 100 O.R. (3d) 481, [2010] O.J. No. 2412 (QL), 2010 CarswellOnt 3838, qui a annulé l'acquittement de l'accusé à l'égard de la possession de pornographie juvénile et inscrit une déclaration de culpabilité. Pourvoi accueilli et nouveau procès ordonné.

David E. Harris, pour l'appelant.

Christine Bartlett-Hughes, pour l'intimée.

Christopher D. Bredt, Margot Finley et Jamie Cameron, pour l'intervenante.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Binnie, Deschamps, Abella, Charron, Rothstein et Cromwell rendu par

LA JUGE EN CHEF ET LA JUGE CHARRON —

I. Aperçu

[1] Le présent pourvoi porte sur la nature et la portée des moyens de défense prévus au *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, en matière de

before and after Parliament amended the provisions which came into force on November 1, 2005 (S.C. 2005, c. 32). The appellant, Robert Katigbak, was charged with one count of possessing child pornography over a seven-year period between 1999 and 2006. Given that the Information spanned this period, both versions of the defence were at play.

[2] At trial, Mr. Katigbak admitted that the materials he collected constituted child pornography and that he was in possession of at least some of the materials throughout the relevant seven-year period. He testified, however, that his purpose in collecting the materials was to create an artistic exhibition that would present the issue of child exploitation from the perspective of the child. His intention was not to display the materials themselves, but rather “to use mannequins and other visual aids to evoke in his audience the sense of emotional upset that the images had on him” (trial judgment, November 7, 2008, unreported, at para. 8).

[3] Prior to November 1, 2005, the defence under s. 163.1(6) applied if the accused raised a reasonable doubt as to the material’s artistic merit, or its educational, scientific or medical purpose. In addition, the public good defence set out in s. 163(3) was imported into the child pornography provisions. It provided that the accused should be acquitted where the act alleged to constitute the offence serves, and does not extend beyond what serves, the public good. After November 1, 2005, the public good defence no longer applied to the child pornography offences. Rather, s. 163.1(6) was amended to provide a defence if the act that is alleged to constitute an offence: (1) has a legitimate purpose related to the administration of justice or to science, medicine, education or art; and (2) does not pose undue risk of harm to persons under the age of 18.

pornographie juvénile, tels qu’ils existaient, d’une part, avant que le législateur n’y apporte des modifications entrées en vigueur le 1^{er} novembre 2005 (L.C. 2005, ch. 32), et, d’autre part, tels qu’ils existent depuis cette date. L’appelant, Robert Katigbak, a été accusé d’un chef de possession de pornographie juvénile durant une période de sept ans, soit de 1999 à 2006. Comme la dénonciation couvrait toute cette période, l’accusé pouvait invoquer l’ensemble de ces moyens de défense.

[2] Au procès, M. Katigbak a admis que les documents qu’il avait collectionnés constituaient de la pornographie juvénile et qu’il avait eu au moins quelques-uns de ceux-ci en sa possession durant la période de sept ans. Il a toutefois témoigné qu’il collectionnait ces documents en vue de monter une exposition artistique qui exposerait le problème de l’exploitation des enfants du point de vue de ces derniers. Il n’avait pas l’intention d’exposer les documents eux-mêmes, mais plutôt [TRADUCTION] « d’utiliser des mannequins et d’autres moyens visuels pour susciter, dans l’esprit des spectateurs, le bouleversement que provoquaient chez lui ces images » (jugement de première instance, 7 novembre 2008, non publié, par. 8).

[3] Avant le 1^{er} novembre 2005, l’accusé pouvait invoquer le moyen de défense prévu au par. 163.1(6) s’il soulevait un doute raisonnable quant à la valeur artistique des documents en cause, ou à leur but éducatif, scientifique ou médical. En outre, le moyen de défense fondé sur le bien public prévu au par. 163(3) était incorporé dans les dispositions relatives à la pornographie juvénile. Selon ce paragraphe, l’accusé devait être acquitté si l’acte qui eût constitué l’infraction avait servi le bien public et n’avait pas outrepassé ce qui avait servi celui-ci. Depuis le 1^{er} novembre 2005, le moyen de défense fondé sur le bien public ne peut plus être opposé aux infractions en matière de pornographie juvénile. En effet, le législateur a modifié le par. 163.1(6) afin de créer un moyen de défense qui puisse être invoqué si l’acte qui constituerait l’infraction : (1) a un but légitime lié à l’administration de la justice, à la science, à la médecine, à l’éducation ou aux arts; et (2) ne pose pas de risque indu pour les personnes âgées de moins de 18 ans.

[4] Mr. Katigbak was acquitted at trial. The trial judge, Botham J., accepted Mr. Katigbak's testimony that he was in possession of child pornography for the purpose he espoused. She held further that he was entitled to rely on the defences set out in s. 163.1(6), as they existed before and after the 2005 amendments.

[5] The Crown successfully appealed to the Court of Appeal for Ontario. Writing for a unanimous court, Blair J.A. concluded that the trial judge erred in her interpretation and application of the pre-amendment and post-amendment s. 163.1(6) defences. In his view, Mr. Katigbak was not entitled to rely upon either version of the defence. Nor was he entitled to rely on the public good defence. As a result, the Court of Appeal allowed the appeal, set aside the acquittal, and registered a conviction for possession of child pornography (2010 ONCA 411, 263 O.A.C. 301).

[6] Mr. Katigbak appeals to this Court as of right.

[7] In our view, the trial judge made errors of law regarding both versions of s. 163.1(6). First, she erred by finding that the pornographic material fell within the scope of the pre-2005 artistic merit defence on the ground that Mr. Katigbak *possessed* the material for an artistic purpose, notwithstanding the fact that the material itself had no artistic merit and was not created for one of the enumerated purposes. Second, she erred in her interpretation of the phrase "legitimate purpose" in the current version of s. 163.1(6) by inquiring solely into the accused's subjective purpose for possessing the material. In our view, Parliament's use of the word "legitimate" connotes its intention that the connection between the impugned activity and the stated purpose also be objectively verifiable. That is, based on all the circumstances: (1) there is an objective connection between the accused's actions

[4] M. Katigbak a été acquitté au procès. La juge du procès, la juge Botham, a accepté son témoignage selon lequel il avait été en possession de pornographie juvénile dans le but qu'il avait déclaré. Elle a en outre conclu qu'il pouvait invoquer les moyens de défense prévus au par. 163.1(6) tels qu'ils existaient avant les modifications de 2005 ainsi que les moyens de défense résultant de ces modifications.

[5] Le ministère public a eu gain de cause devant la Cour d'appel de l'Ontario. S'exprimant au nom de la Cour d'appel à l'unanimité, le juge Blair a conclu que la juge du procès avait commis une erreur dans son interprétation et son application des moyens de défense prévus au par. 163.1(6) tels qu'ils existaient avant les modifications de 2005 ainsi que des moyens de défense résultant de ces modifications. À son avis, M. Katigbak ne pouvait invoquer ni l'un ni l'autre de ces moyens de défense. Il ne pouvait pas non plus invoquer le moyen de défense fondé sur le bien public. La Cour d'appel a donc accueilli l'appel, annulé le verdict d'acquiescement et inscrit une déclaration de culpabilité pour possession de pornographie juvénile (2010 ONCA 411, 263 O.A.C. 301).

[6] M. Katigbak se pourvoit de plein droit devant notre Cour.

[7] À notre avis, la juge du procès a commis des erreurs de droit en ce qui concerne l'une et l'autre version du par. 163.1(6). D'abord, elle s'est trompée en concluant que le matériel pornographique était visé par le moyen de défense fondé sur la valeur artistique tel qu'il existait avant 2005 au motif que M. Katigbak avait eu le matériel *en sa possession* dans un but artistique, et ce malgré le fait que le matériel en soi n'avait aucune valeur artistique et n'avait pas été créé dans l'un des buts énumérés. Ensuite, elle a commis une erreur dans son interprétation de l'expression « but légitime » qui se trouve dans la version actuelle du par. 163.1(6) en s'enquérant seulement du but subjectif dans lequel l'accusé avait eu le matériel en sa possession. Nous sommes d'avis que l'emploi par le législateur du terme « légitime » témoigne de sa volonté que le lien entre l'acte reproché et le but proposé soit objectivement vérifiable.

and his or her purpose; and (2) there is an objective relationship between the accused's purpose and one or more of the protected activities (administration of justice, science, medicine, education or art).

[8] In light of those errors, the Court of Appeal was correct to set aside the acquittal. However, in our respectful view, it erred in substituting a conviction. Because of the erroneous analytical framework applied at trial, the trial judge did not make the necessary findings of fact for an appellate court to find Mr. Katigbak guilty of the offence. Consequently, we would allow Mr. Katigbak's appeal and order a new trial.

II. Legislative History

[9] Before discussing the circumstances of this case, it may be useful to briefly review the legislative history of the child pornography provisions.

[10] In 1993, Parliament enacted s. 163.1 of the *Criminal Code*, creating a number of offences related to child pornography (S.C. 1993, c. 46, s. 2). This provision supplemented laws making it an offence to make, print, publish, distribute, or circulate obscene material (s. 163), and to corrupt children (s. 172). By enacting s. 163.1, Parliament created a comprehensive scheme to address the production, publication, importation, distribution, sale, and possession of child pornography. The child pornography possession offences were, and continue to be, set out in s. 163.1(2) to (4).

[11] The offences related to the possession of child pornography were initially subject to two related defences. First, the s. 163.1(6) defence applied if the material that was alleged to constitute child pornography could reasonably be viewed as art, or it served an "educational, scientific or

Autrement dit, il doit exister, compte tenu de toutes les circonstances : (1) un lien objectif entre les actes de l'accusé et le but qu'il poursuivait; et (2) un lien objectif entre le but de l'accusé et l'une ou plusieurs des activités protégées (administration de la justice, science, médecine, éducation ou arts).

[8] Compte tenu de ces erreurs, la Cour d'appel a eu raison d'annuler le verdict d'acquittal. Cependant, à notre humble avis, elle a commis une erreur en lui substituant une déclaration de culpabilité. Le cadre d'analyse qu'elle a appliqué au procès étant erroné, la juge du procès n'a pas tiré les conclusions de fait nécessaires pour qu'une cour d'appel puisse déclarer M. Katigbak coupable de l'infraction qui lui était reprochée. Par conséquent, nous sommes d'avis d'accueillir le pourvoi de M. Katigbak et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès.

II. Historique législatif

[9] Avant d'examiner les circonstances de l'espèce, il peut être utile d'exposer brièvement l'historique législatif des dispositions relatives à la pornographie juvénile.

[10] En 1993, le législateur a adopté l'art. 163.1 du *Code criminel*, créant un certain nombre d'infractions liées à la pornographie juvénile (L.C. 1993, ch. 46, art. 2). Cet article s'ajoutait aux dispositions interdisant la production, l'impression, la publication, la distribution ou la mise en circulation de matériel obscène (art. 163), et la corruption d'enfants (art. 172). En adoptant l'art. 163.1, le législateur a créé un régime exhaustif pour faire face à la production, la publication, l'importation, la distribution, la vente et la possession de pornographie juvénile. Les infractions de possession de pornographie juvénile étaient, et sont toujours, énoncées aux par. 163.1(2) à (4).

[11] À l'origine, deux moyens de défense connexes pouvaient être opposés à des accusations de possession de pornographie juvénile. Premièrement, l'accusé pouvait invoquer le moyen de défense prévu au par. 163.1(6) si le matériel qui aurait constitué de la pornographie juvénile pouvait raisonnablement

medical purpose”. Thus, the former s. 163.1(6) referred to the purpose that the *material*, viewed objectively, may serve, rather than the *purpose* for which the accused actually possessed the material. Section 163.1(6) read as follows:

(6) Where the accused is charged with an offence under subsection (2), (3) or (4), the court shall find the accused not guilty if the representation or written material that is alleged to constitute child pornography has artistic merit or an educational, scientific or medical purpose.

[12] Second, the “public good” defence applied if the material that was alleged to constitute child pornography served the public good and, further, did not extend beyond what was necessary to serve the public good. Subsection 163.1(7) imported this “public good” defence from the obscenity provisions of the *Criminal Code* by providing:

(7) Subsections 163(3) to (5) apply, with such modifications as the circumstances require, with respect to an offence under subsection (2), (3) or (4).

The public good defence, which continues to apply to the obscenity provisions, is set out in ss. 163(3) to (5). It provides:

(3) No person shall be convicted of an offence under this section if the public good was served by the acts that are alleged to constitute the offence and if the acts alleged did not extend beyond what served the public good.

(4) For the purposes of this section, it is a question of law whether an act served the public good and whether there is evidence that the act alleged went beyond what served the public good, but it is a question of fact whether the acts did or did not extend beyond what served the public good.

(5) For the purposes of this section, the motives of an accused are irrelevant.

[13] This Court interpreted the former legislative framework in *R. v. Sharpe*, 2001 SCC 2, [2001] 1 S.C.R. 45. It held that certain aspects of s. 163.1(4) infringed s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, and could not be saved by

être considéré comme de l’art ou s’il servait « un but éducatif, scientifique ou médical ». Ainsi, l’ancienne version du par. 163.1(6) faisait référence au but que pouvait servir le *matériel* d’un point de vue objectif plutôt qu’au *but* pour lequel l’accusé possédait effectivement le matériel. Le paragraphe 163.1(6) était libellé comme suit :

(6) Lorsqu’une personne est accusée d’une infraction visée aux paragraphes (2), (3) ou (4), le tribunal est tenu de déclarer cette personne non coupable si la représentation ou l’écrit qui constituerait de la pornographie juvénile a une valeur artistique ou un but éducatif, scientifique ou médical.

[12] Deuxièmement, l’accusé pouvait invoquer le moyen de défense fondé sur le « bien public » si le matériel qui aurait constitué de la pornographie juvénile avait servi le bien public et s’il n’avait pas outrepassé ce qui avait servi celui-ci. Le paragraphe 163.1(7) a importé ce moyen de défense des dispositions du *Code criminel* en matière d’obscénité :

(7) Les paragraphes 163(3) à (5) s’appliquent, avec les adaptations nécessaires, à une infraction visée aux paragraphes (2), (3) ou (4).

Ce moyen de défense, qu’on peut toujours opposer à des accusations d’obscénité, est énoncé aux par. 163(3) à (5), dont voici le libellé :

(3) Nul ne peut être déclaré coupable d’une infraction visée au présent article si les actes qui constitueraient l’infraction ont servi le bien public et n’ont pas outrepassé ce qui a servi celui-ci.

(4) Pour l’application du présent article, la question de savoir si un acte a servi le bien public et s’il y a preuve que l’acte allégué a outrepassé ce qui a servi le bien public est une question de droit, mais celle de savoir si les actes ont ou n’ont pas outrepassé ce qui a servi le bien public est une question de fait.

(5) Pour l’application du présent article, les motifs d’un prévenu ne sont pas pertinents.

[13] Notre Cour a interprété l’ancien cadre législatif dans *R. c. Sharpe*, 2001 CSC 2, [2001] 1 R.C.S. 45. Elle y a conclu que certains aspects du par. 163.1(4) portaient atteinte à l’al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés* et ne pouvaient pas

s. 1. Subsequent to the Court's decision in *Sharpe*, Parliament overhauled the child pornography defences as part of Bill C-2, *An Act to amend the Criminal Code (protection of children and other vulnerable persons) and the Canada Evidence Act* (assented to July 20, 2005). This overhaul came into force on November 1, 2005.

[14] Since November 1, 2005, the child pornography provisions in s. 163.1 no longer incorporate the public good defence. Under the current version, the defence related to the possession of child pornography applies if the accused meets a two-part legitimate purpose/undue risk of harm test set out in s. 163.1(6). It reads as follows:

(6) No person shall be convicted of an offence under this section if the act that is alleged to constitute the offence

(a) has a legitimate purpose related to the administration of justice or to science, medicine, education or art; and

(b) does not pose an undue risk of harm to persons under the age of eighteen years.

III. Facts

[15] Mr. Katigbak was charged with one count of possession of child pornography after the police found 628 images (of which 61 were duplicates) and 30 video clips of child pornography on his computer's external hard drive. Of the 628 images, 616 were "accessible", defined at trial as "ones which can be located by any computer user with a minimum of effort" (Agreed Statement of Facts (A.R., at p. 183)). All of these materials showed the actual abuse of real children, including babies. Some of the images depicted children engaging in sexual activity with adults and other children, while others showed children exposing their genitals, and being anally and vaginally penetrated.

être justifiés au regard de l'article premier. À la suite de l'arrêt *Sharpe*, le législateur a remanié les moyens de défense en matière de pornographie juvénile dans le cadre du projet de loi C-2, *Loi modifiant le Code criminel (protection des enfants et d'autres personnes vulnérables) et la Loi sur la preuve au Canada* (sanctionnée le 20 juillet 2005). Cette réforme est entrée en vigueur le 1^{er} novembre 2005.

[14] Depuis le 1^{er} novembre 2005, les dispositions relatives à la pornographie juvénile de l'art. 163.1 ne prévoient plus le moyen de défense fondé sur le bien public. Aux termes de la version actuelle, l'accusé peut opposer le moyen de défense à une accusation de possession de pornographie juvénile s'il satisfait au critère en deux volets énoncé au par. 163.1(6), à savoir que les actes en cause ont un but légitime et qu'ils ne posent pas de risque indu. Ce paragraphe est ainsi libellé :

(6) Nul ne peut être déclaré coupable d'une infraction au présent article si les actes qui constitueraient l'infraction :

a) ont un but légitime lié à l'administration de la justice, à la science, à la médecine, à l'éducation ou aux arts;

b) ne posent pas de risque indu pour les personnes âgées de moins de dix-huit ans.

III. Les faits

[15] M. Katigbak a été accusé d'un seul chef de possession de pornographie juvénile après que les autorités policières ont découvert 628 images (dont 61 étaient des doubles) et 30 vidéoclips de pornographie juvénile dans le disque dur externe de son ordinateur. Parmi les 628 images, 616 étaient « accessibles », ce qui veut dire, comme on l'a dit au procès, qu'il s'agissait d'images [TRADUCTION] « que n'importe quel utilisateur [pouvait] trouver en déployant un minimum d'efforts » (exposé conjoint des faits (d.a., p. 183)). Toutes ces images montraient des agressions véritablement commises contre des enfants, y compris des bébés. Dans certaines images, des enfants se livraient à des activités sexuelles avec des adultes et d'autres enfants, alors que dans d'autres, des enfants exposaient leurs organes sexuels et subissaient des actes de pénétration anale et vaginale.

[16] At trial, Mr. Katigbak admitted that all of the images of children constituted child pornography within the meaning of s. 163.1(1) of the *Criminal Code*, and that he had collected them between 1999 and 2006. However, he contended that he only collected child pornography because he intended to create an artistic exhibition exploring the sexual exploitation of children. As such, he argued that he was entitled to rely on the defence in s. 163.1(6) for artistic expression. He explained that his artistic project would not include any images of actual child pornography, but rather that he would try to convey the psychological effect of child abuse by using mannequins and dolls.

[17] Mr. Katigbak stated at trial that he collected child pornography to research what child pornography looked like and then explore his emotional responses to it. He explained that he knew that viewing images would invoke an “extreme sense of anger” and that he wanted “those feelings to be fresh” when he was working on the project (A.R., at p. 93).

[18] Investigators also found a large collection of adult pornography intermingled with the images of child pornography on Mr. Katigbak’s computer. When asked in cross-examination, Mr. Katigbak stated that the images of adult pornography found in his possession were not related to the proposed art project but for “personal entertainment” (A.R., at p. 113). He admitted to making no effort to isolate the child pornography from the adult images on his computer. He also took no steps to add safeguards on the computer, such as adding password protections to the child pornography files. He confirmed in his testimony that the computer was out in the open and whoever wanted to use it had access to it. On a daily basis, this included his father and brother, and occasionally at parties, up to 30 or 40 people.

[19] Mr. Katigbak testified that he conceived of this art project on child pornography while he was

[16] Au procès, M. Katigbak a admis que toutes les images d’enfants constituaient de la pornographie juvénile au sens du par. 163.1(1) du *Code criminel*, et qu’il les avait collectionnées entre 1999 et 2006. Cependant, il a soutenu les avoir collectionnées dans le seul but de monter une exposition artistique sur le thème de l’exploitation sexuelle des enfants. Il a affirmé qu’il pouvait donc invoquer le moyen de défense prévu au par. 163.1(6) au titre de l’expression artistique. Il a expliqué que son projet artistique ne devait pas inclure d’images montrant de la pornographie juvénile, mais qu’il voulait plutôt essayer de communiquer l’effet psychologique de la violence contre les enfants en utilisant des mannequins et des poupées.

[17] M. Katigbak a affirmé au procès qu’il collectionnait de la pornographie juvénile pour comprendre en quoi cela consistait et ensuite explorer ses réactions émotives face à ces images. Il a expliqué qu’il savait que regarder ces images provoquerait chez lui un [TRADUCTION] « très grand sentiment de colère » et qu’il voulait « toujours ressentir cette émotion renouvelée » au moment de travailler à son projet (d.a., p. 93).

[18] Les enquêteurs ont également découvert dans l’ordinateur de M. Katigbak une vaste collection d’images de pornographie adulte entremêlées aux images de pornographie juvénile. Interrogé à ce sujet en contre-interrogatoire, M. Katigbak a dit que les images de pornographie adulte qu’il avait en sa possession n’étaient pas liées à son projet artistique, mais qu’elles étaient pour son [TRADUCTION] « propre plaisir » (d.a., p. 113). Il a admis ne pas s’être donné la peine de séparer les images de pornographie juvénile de celles de pornographie adulte dans son ordinateur. De plus, il n’a pris aucune mesure supplémentaire, telle l’ajout de mots de passe, en vue de restreindre l’accès aux dossiers de pornographie juvénile de son ordinateur. Il a confirmé dans son témoignage que l’ordinateur était accessible à quiconque souhaitait l’utiliser. Au quotidien, cela incluait son père et son frère, et occasionnellement lors de réceptions, jusqu’à 30 ou 40 personnes.

[19] M. Katigbak a témoigné avoir eu l’idée de ce projet artistique sur la pornographie juvénile

completing a Bachelor's degree in psychology at McMaster University. As evidence, he introduced his notebooks from 2000, 2001 and 2003 in which he wrote about how such an exhibit could be created. In one such entry, Mr. Katigbak wrote: “[H]ow do you do a show on child porn? (you can't show it) — maybe do a documentary? . . . models should show a broken spirit, fear, helplessness — show a child w/ an adult in the background (looming or doing-up his pants after the abuse has occurred)” (A.R., at p. 239).

[20] Mr. Katigbak also spent a number of years working in the photography industry, and testified that he hoped his exhibit on child pornography would draw attention to his work. One of his colleagues from Japan Camera Centre, Stacey Tyrell, testified that she and Mr. Katigbak discussed various ideas for artistic projects. She testified that, in early 2004, the two talked about using child mannequins in an artistic project after they saw a store window that displayed undressed child mannequins. Mr. Katigbak never specifically spoke to her about a project relating to the sexual abuse of children, but she stated that this was one of the themes that they discussed. He never told her that he was collecting child pornography as part of an art project.

[21] By the time Mr. Katigbak was charged with possession of child pornography in 2006, seven years had passed since he had started collecting the materials. He had never produced an exhibition, nor had he secured a venue for one. He testified that he had not found an appropriate venue that he could afford, and that he nonetheless continued to collect child pornography “even if it was redundant at that point or repetitive”, in order to feel like he “was doing something to keep the project going” (A.R., at p. 112).

à la fin de ses études menant au baccalauréat en psychologie, à l'Université McMaster. Pour établir le bien-fondé de son affirmation, il a produit ses cahiers de notes datant de 2000, 2001 et 2003 dans lesquels il a écrit sur la façon de monter une telle exposition. Il y a notamment écrit ce qui suit : [TRADUCTION] « [C]omment monter une exposition sur la pornographie juvénile? (on ne peut en exposer) — peut-être faire un documentaire? [. . .] des mannequins pourraient montrer l'anéantissement, la peur, la vulnérabilité — montrer un enfant accompagné d'un adulte en arrière-plan (menaçant ou qui remonte son pantalon après l'agression) » (d.a., p. 239).

[20] M. Katigbak, qui a aussi travaillé dans le domaine de la photographie durant un certain nombre d'années, a affirmé dans son témoignage qu'il espérait que son exposition sur la pornographie juvénile attirerait l'attention sur son travail. Une de ses collègues au Centre Japonais de la Photo, Stacey Tyrell, a témoigné avoir discuté avec lui de plusieurs idées de projets artistiques. Elle a ajouté qu'au début de 2004, ils ont discuté de l'utilisation de mannequins représentant des enfants dans le cadre d'un projet artistique après avoir vu de tels mannequins dénudés dans une vitrine de magasin. Elle a affirmé que M. Katigbak ne lui avait jamais parlé expressément d'un projet portant sur les abus sexuels commis contre des enfants, mais qu'il s'agissait d'un thème dont ils avaient déjà discuté. Il ne lui avait jamais dit qu'il collectionnait de la pornographie juvénile dans le cadre d'un projet artistique.

[21] Au moment où M. Katigbak a été accusé de possession de pornographie juvénile, en 2006, sept années s'étaient écoulées depuis qu'il avait commencé à collectionner les images. Il n'avait jamais fait d'exposition ni réservé de salle à cet effet. Il a témoigné ne pas avoir trouvé de salle convenable qu'il pouvait se payer, mais qu'il continuait malgré tout à collectionner de la pornographie juvénile [TRADUCTION] « même si, à ce stade-là, c'était devenu inutile ou répétitif », pour avoir l'impression de « continuer à travailler sur le projet » (d.a., p. 112).

IV. Judicial History

A. *Ontario Court of Justice, November 7, 2008, Unreported*

[22] At trial, Botham J. accepted that Mr. Katigbak “collected the images for the purpose that he has described” (para. 32), namely to create an art exhibition. She explained: “I can find no reason on the evidence before me to reject his assertion that he was concerned about the issue of sexual abuse or exploitation of children, many people are. Furthermore in my view it is plausible that he would have been interested in putting together some sort of visual exhibition or display as an expression of that concern” (para. 29).

[23] The trial judge noted that the defence set out in s. 163.1(6) was amended in November 2005. Since the accused was charged with a single count of the offence for a period spanning from 1999 until 2006, both the pre- and post-amendment defences under s. 163.1(6) were at issue. Although the public good defence under s. 163(3) was referenced by Crown counsel during his final submissions, defence counsel made no express reference to it and the trial judge made no finding in that regard. The trial judge held that Mr. Katigbak was entitled to rely on both versions of the defence under s. 163.1(6).

[24] First, the trial judge interpreted the former defence under s. 163.1(6). She observed that prior to November 2005, the defence focused on whether the materials themselves had artistic merit, and not whether the accused had an artistic reason for possessing them. There was no suggestion that the materials themselves had artistic merit, or that they were created for one of the specified purposes. However, the trial judge rejected the Crown’s argument that Mr. Katigbak was barred from invoking the defence for that reason. She held rather that the defence had to be interpreted broadly, in light of the *Charter* value of freedom of expression.

IV. Historique judiciaire

A. *Cour de justice de l’Ontario, 7 novembre 2008, non publié*

[22] Au procès, la juge Botham a conclu que M. Katigbak [TRADUCTION] « collectionnait les images dans le but qu’il avait déclaré » (par. 32), à savoir monter une exposition artistique. Elle a expliqué ceci : « Je ne vois dans la preuve dont je dispose aucune raison de rejeter son affirmation selon laquelle il s’intéressait au problème de l’abus ou de l’exploitation sexuels des enfants; plusieurs personnes se préoccupent de la question. En outre, à mon avis, il est plausible qu’il ait voulu créer une sorte d’exposition visuelle pour exprimer cette préoccupation » (par. 29).

[23] La juge du procès a souligné que le moyen de défense prévu au par. 163.1(6) avait été modifié en novembre 2005. Or, l’accusé devant répondre à un seul chef d’accusation pour la période allant de 1999 à 2006, il pouvait invoquer les deux versions du moyen de défense, soit celle antérieure et celle postérieure aux modifications de 2005. Bien que l’avocat du ministère public ait renvoyé, dans son exposé final, au moyen de défense fondé sur le bien public prévu au par. 163(3), l’avocat de la défense n’en a pas fait expressément mention et la juge du procès n’a tiré aucune conclusion à cet égard. La juge du procès a conclu que M. Katigbak pouvait invoquer l’une et l’autre version du moyen de défense prévu au par. 163.1(6).

[24] La juge du procès a d’abord interprété l’ancien moyen de défense prévu au par. 163.1(6). Elle a fait remarquer qu’avant novembre 2005 ce moyen de défense s’attachait à la valeur artistique du matériel en soi, et non à la raison artistique pour laquelle l’accusé l’avait en sa possession. En l’espèce, rien n’indiquait que le matériel en soi avait une valeur artistique ou qu’il avait été créé dans l’un des buts énumérés à ce paragraphe. Cependant, la juge du procès a rejeté l’argument du ministère public que M. Katigbak ne pouvait invoquer le moyen de défense pour cette raison. Elle a plutôt conclu qu’il fallait interpréter le moyen de défense de manière large, en tenant compte de la liberté d’expression garantie par la *Charte*.

[25] The trial judge held that “[t]he need to protect creative expression and a free exchange of ideas which is the impetus for the statutory defence set out in s. 163.1(6) is triggered as much where a person possesses otherwise pornographic materials for an artistic or creative purpose as it is when such materials are actually created for one of the enumerated legitimate purposes” (para. 21). If persons were morally exempt when they possessed pornographic material that itself was created to further a legitimate purpose, a similar moral exemption “must logically exist . . . for those who possess pornographic material for a similarly legitimate goal” (para. 22). The trial judge therefore concluded that Mr. Katigbak was entitled to rely on the pre-amendment defence to the child pornography offences under s. 163.1(6).

[26] As for the current version of the defence, the trial judge held that Mr. Katigbak collected the child pornography for a legitimate purpose related to art, based on her factual finding that Mr. Katigbak only possessed the child pornography in order to create an art exhibition. The trial judge further held that his actions did not pose an undue risk of harm to young persons. In reaching the latter conclusion, she made the following observations:

The works possessed by Mr. Katigbak were not purchased by him so the makers of the materials did not profit from his viewing of them and the market for such material was not encouraged by his actions. There is no suggestion that his interest in the materials was motivated by any sexual interest. The risk that he would become desensitized to the issue of child abuse or more likely to offend sexually has to be far less in this situation than where the material is collected for the purpose of arousal. It was not his intention that the images themselves would ever be distributed or even replicated in his exhibit; rather he sought to demonstrate the feelings of helplessness and fear experienced by the victims. This in my mind negates the concern that the victims are being re-victimized by a viewing of the images. Finally there was no suggestion that the artistic project was to be sexual in nature which would reduce the concern that it would provide sexual gratification

[25] La juge du procès a conclu qu’[TRADUCTION] « [i] est tout autant nécessaire de protéger l’expression créative et le libre échange des idées, à l’origine du moyen de défense prévu au par. 163.1(6), dans le cas où la personne qui a le matériel pornographique en sa possession vise un but artistique ou créatif que dans le cas où le matériel est, en fait, créé dans l’un des buts légitimes énumérés » (par. 21). Si la personne qui a en sa possession du matériel pornographique créé dans un but légitime bénéficie d’une exemption sur le plan moral, une exemption similaire « doit logiquement exister [. . .] pour la personne qui a du matériel pornographique en sa possession dans un but légitime semblable » (par. 22). La juge du procès a donc conclu que M. Katigbak pouvait invoquer le moyen de défense en vigueur avant les modifications de 2005 à l’égard des infractions en matière de pornographie juvénile prévues au par. 163.1(6).

[26] En ce qui concerne la version actuelle du moyen de défense, la juge du procès a conclu, en se fondant sur sa conclusion de fait selon laquelle M. Katigbak avait de la pornographie juvénile en sa possession dans le seul but de monter une exposition artistique, qu’il collectionnait cette pornographie dans un but artistique légitime. Elle a ajouté que ses actes ne posaient pas de risque indu pour les personnes mineures. En tirant cette dernière conclusion, elle a formulé les observations suivantes :

[TRADUCTION] M. Katigbak n’ayant pas acheté les ouvrages qu’il avait en sa possession, leurs auteurs n’ont pas tiré profit du fait qu’il les avait vus, et ses actes n’en ont pas moussé la vente. Rien ne porte à croire que son intérêt à l’égard du matériel provenait d’un quelconque désir sexuel. Le risque qu’il devienne insensible à la violence faite aux enfants ou qu’il soit davantage susceptible de commettre des infractions à caractère sexuel est beaucoup moins grand dans cette situation qu’il ne l’aurait été si les images avaient été collectionnées dans un but de stimulation. Il n’avait pas l’intention de les distribuer ou même de les reproduire dans son exposition; il voulait plutôt démontrer les sentiments de vulnérabilité et de peur des victimes. Selon moi, cela écarte l’idée que les victimes se sentiraient victimisées de nouveau en regardant les images. Enfin, rien n’indiquait que le projet artistique serait de nature sexuelle, ce qui devrait amoindrir la préoccupation qu’il servirait à la gratification

for others or desensitize others to the issue of child abuse. [para. 36]

In the result, Mr. Katigbak was acquitted at trial.

B. *Ontario Court of Appeal, 2010 ONCA 411, 263 O.A.C. 301*

[27] The Ontario Court of Appeal unanimously allowed the Crown's appeal. Writing on behalf of the court, Blair J.A. held that the trial judge committed legal errors in her discussion of each version of s. 163.1(6). He held further that none of the defences was available to Mr. Katigbak on the record. The court therefore substituted the acquittal with a conviction.

[28] First, Blair J.A. held that the trial judge erred in her interpretation of the artistic merit defence as it existed prior to November 2005. The former version of s. 163.1(6) only applied when the child pornography itself had artistic merit, and not simply when the accused had an artistic purpose for possessing the materials. The trial judge's conclusion that the defences extended to a consideration of the broader purpose underlying the accused's possession of child pornography failed to give effect to the clear language of s. 163.1(6) as it existed and, moreover, was contrary to the interpretation given to that provision by this Court in *Sharpe*. Accordingly, Blair J.A. held that Mr. Katigbak was not entitled to rely on the defence since there was no suggestion that the materials that he collected had artistic merit. Mr. Katigbak conceded before the Court of Appeal that the pre-amendment artistic merit defence had no application to the facts of his case.

[29] Mr. Katigbak submitted, however, that the trial judge's considerations with respect to the pre-amendment artistic defence were more appropriate to the former public good defence. Therefore, for the first time on appeal, he argued that he could

sexuelle d'autres personnes ou qu'il les désensibiliserait à la question de la violence faite aux enfants. [par. 36]

Par conséquent, M. Katigbak a été acquitté au procès.

B. *Cour d'appel de l'Ontario, 2010 ONCA 411, 263 O.A.C. 301*

[27] La Cour d'appel de l'Ontario a accueilli l'appel du ministère public à l'unanimité. S'exprimant au nom de la cour, le juge Blair a conclu que la juge du procès avait commis des erreurs de droit dans son analyse de chaque version du par. 163.1(6). Il a ajouté que, selon le dossier, M. Katigbak ne pouvait invoquer aucun des moyens de défense. La cour a donc remplacé le verdict d'acquiescement par une déclaration de culpabilité.

[28] Premièrement, le juge Blair a conclu que la juge du procès avait commis une erreur dans son interprétation du moyen de défense fondé sur la valeur artistique tel qu'il existait avant novembre 2005. L'ancienne version du par. 163.1(6) ne s'appliquait que dans le cas où la pornographie juvénile avait en soi une valeur artistique, et non simplement dans le cas où l'accusé l'avait en sa possession dans un but artistique. La conclusion de la juge du procès que les moyens de défense appelaient un examen de l'objectif plus général sous-tendant la possession de pornographie juvénile par l'accusé ne donnait pas effet au libellé clair du par. 163.1(6) tel qu'il existait à l'époque pertinente et était aussi contraire à l'interprétation que notre Cour avait faite de ce paragraphe dans *Sharpe*. Le juge Blair a donc conclu que M. Katigbak ne pouvait pas invoquer le moyen de défense, car rien ne portait à croire que le matériel qu'il collectionnait avait une valeur artistique. M. Katigbak a reconnu devant la Cour d'appel qu'il ne pouvait pas, dans les circonstances de la présente affaire, invoquer le moyen de défense fondé sur la valeur artistique tel qu'il existait avant les modifications de 2005.

[29] M. Katigbak a toutefois soutenu que les facteurs pris en considération par la juge du procès quant au moyen de défense fondé sur la valeur artistique tel qu'il existait avant les modifications de 2005 étaient davantage liés à l'ancien moyen de

rely on the public good defence in s. 163(3) for the period before November 2005, given that he only collected child pornography as part of the research for his future public exhibit. He argued that his ultimate purpose in possessing the images was akin to researchers studying the effects of child pornography.

[30] Blair J.A. rejected this argument, and held that the accused was not engaged in research on the psychological effects of child pornography. Additionally, Blair J.A. held that the possession in this case extended beyond what served the public good. Particularly, he was of the view that Mr. Katigbak's admission that he persisted in repetitive downloading of the images in order to "feel like [he] was doing something to keep the project going" underscored the conclusion that Mr. Katigbak's act of possession extended well beyond what could reasonably be said to serve the public good (para. 42).

[31] Thus, Blair J.A. concluded that Mr. Katigbak was not entitled to rely upon either the artistic merit defence or the public good defence as they had existed prior to the November 2005 amendments.

[32] Second, Blair J.A. concluded that Mr. Katigbak was not entitled to rely upon the current defence provided by s. 163.1(6) of the *Criminal Code*. Blair J.A. held that the trial judge was mistaken in her interpretation and application of the legitimate purpose branch of the test, although he ultimately did not allow the appeal on that ground. He also found that the trial judge erred in her application of the undue risk of harm part of the test. Given that the two components of the s. 163.1(6) defence were conjunctive, he set aside the acquittal.

[33] Blair J.A. first considered the legitimate purpose branch of the analysis. In his view, by qualifying the word "purpose" with the word "legitimate", Parliament "signalled that it was putting limits on

défense fondé sur le bien public. Par conséquent, pour la première fois en appel, il a affirmé pouvoir invoquer le moyen de défense fondé sur le bien public prévu au par. 163(3) en ce qui concerne la période antérieure à novembre 2005, car il n'avait collectionné de la pornographie juvénile que dans le cadre de ses recherches en vue de monter une exposition publique à venir. Il a soutenu qu'en bout de ligne la raison pour laquelle il avait les images en sa possession s'apparentait à celle des chercheurs qui étudient les effets de la pornographie juvénile.

[30] Le juge Blair a rejeté cet argument, concluant que l'accusé ne menait aucune recherche sur les effets psychologiques de la pornographie juvénile. De plus, il a conclu que la possession du matériel en cause outrepassait ce qui servait le bien public. Plus particulièrement, il a jugé que l'aveu de M. Katigbak, qui avait déclaré avoir continué à télécharger des images pour [TRADUCTION] « avoir l'impression de continuer à travailler sur le projet », renforçait la conclusion selon laquelle le fait qu'il avait le matériel en sa possession outrepassait ce qui pouvait raisonnablement être considéré comme servant le bien public (par. 42).

[31] Le juge Blair est donc parvenu à la conclusion que M. Katigbak ne pouvait invoquer ni le moyen de défense fondé sur la valeur artistique, ni celui fondé sur le bien public, tels qu'ils existaient avant les modifications de novembre 2005.

[32] Deuxièmement, le juge Blair a conclu que M. Katigbak ne pouvait invoquer le moyen de défense actuellement prévu au par. 163.1(6) du *Code criminel*. Il a ajouté que la juge du procès s'était trompée dans la façon dont elle avait interprété et appliqué le volet relatif au but légitime, bien qu'en définitive il n'ait pas accueilli l'appel pour ce motif. Il a aussi conclu que la juge du procès avait commis une erreur dans son application du volet relatif au risque indu. Les deux composantes du moyen de défense prévu au par. 163.1(6) étant conjonctives, il a annulé le verdict d'acquiescement.

[33] Le juge Blair a d'abord examiné le volet relatif au but légitime. À son avis, en apposant le qualificatif « légitime » au mot « but », le législateur [TRADUCTION] « a indiqué qu'il restreignait le

the defence” (para. 52). The 2005 amendments sought to ensure “that *any* artistic value or educational purpose, however slight, would no longer suffice as a defence but, instead, a ‘legitimate’ purpose relating to one of the enumerated spheres of valued activity had to be raised” (*ibid.* (emphasis in original)). In his view, what makes the act worthy of protection in law under the “legitimate purpose” component of the defence “is its objectively verifiable connection with the purpose and the ultimate worthy goal” (para. 55). Blair J.A. then set out the legal framework for the undue risk of harm branch of the analysis. In his view, the risk of harm becomes “undue” when society would find it “inappropriate, unjustifiable, excessive or unwarranted in the circumstances of the case” (para. 76).

[34] Blair J.A. then applied the legal framework for the new defence to the case at bar. On the first branch, he noted that the Crown did not attack the trial judge’s finding that Mr. Katigbak had the purpose he espoused, but argued on legal grounds that the purpose was not a “legitimate” one (para. 65). Blair J.A. confessed to having “serious reservations” about the trial judge’s finding that Mr. Katigbak had the purpose or intention he espoused (para. 66). Further, referring to a number of uncontested facts in support of his view, Blair J.A. reasoned that the trial judge would have concluded differently on the legitimacy of the purpose had she assessed the evidence in light of the appropriate legal framework (*ibid.*). However, given that the Crown accepted the trial judge’s finding about Mr. Katigbak’s purpose for possession, Blair J.A. elected not to interfere with the trial judge’s decision on this basis.

[35] Regarding the undue risk of harm analysis, Blair J.A. held that a number of the trial judge’s conclusions were “simply wrong and/or irrelevant” (para. 80). Among other things, he stated that the trial judge erred in failing to give effect to the principle that the harm flowing from particular material may be inferred from the nature of the material

moyen de défense » (par. 52). Les modifications de 2005 visaient à garantir « qu’il ne suffirait plus de faire valoir comme moyen de défense *une quelconque* valeur artistique ou *un quelconque* but éducatif, si mineurs soient-ils, mais qu’il faudrait plutôt invoquer un but “légitime” lié à l’un des domaines énumérés » (*ibid.* (en italique dans l’original)). Selon lui, ce qui rend un acte digne de protection juridique en ce qui concerne le volet relatif au « but légitime » « est son lien objectivement vérifiable avec ce but et l’objectif ultime louable » (par. 55). Le juge Blair a ensuite énoncé le cadre juridique du volet de l’analyse relatif au risque indu. À son avis, le risque devient « indu » à partir du moment où la société estime qu’il est « inapproprié, injustifiable, excessif ou injustifié dans les circonstances de l’espèce » (par. 76).

[34] Le juge Blair a ensuite appliqué le cadre juridique du nouveau moyen de défense à l’affaire qui lui était soumise. S’agissant du premier volet, il a fait remarquer que le ministère public n’avait pas contesté la conclusion de la juge du procès que M. Katigbak s’efforçait d’atteindre le but qu’il avait déclaré, mais s’est dit d’avis que, sur le plan juridique, ce but n’était pas « légitime » (par. 65). Le juge Blair a admis avoir de [TRADUCTION] « sérieuses réserves » quant à la conclusion de la juge du procès que M. Katigbak s’efforçait d’atteindre le but ou l’objectif qu’il avait déclarés (par. 66). En outre, il a conclu, en s’appuyant sur un certain nombre de faits incontestés, que la juge du procès serait parvenue à une autre conclusion quant à la légitimité du but de l’accusé si elle avait apprécié la preuve à la lumière du cadre juridique approprié (*ibid.*). Cependant, comme le ministère public avait accepté la conclusion de la juge du procès quant au but dans lequel l’accusé avait eu le matériel en sa possession, le juge Blair a choisi de ne pas intervenir à l’égard de cet aspect de la décision.

[35] S’agissant de l’analyse du risque indu, le juge Blair a estimé qu’un certain nombre de conclusions de la juge du procès étaient [TRADUCTION] « simplement erronées et/ou non pertinentes » (par. 80). Il a notamment affirmé que la juge du procès avait commis une erreur en omettant de tenir compte du principe que le préjudice découlant d’un matériel

itself. Blair J.A. also held that the trial judge erred in concluding that the makers of the material did not profit from Mr. Katigbak's viewing because he did not purchase the material, as "[t]he number of 'hits' is important in the world of cyberspace" (para. 82). Similarly, while Mr. Katigbak's intention not to distribute or replicate the images may have "avoided *redoubling* the victimization, it did not *diminish* the re-victimization of the actual children involved through the very process of downloading and possessing the images" (*ibid.* (emphasis in original)). After reviewing the evidence, he concluded that the risk posed by Mr. Katigbak's possession was, in all the circumstances, undue.

[36] Finally, Blair J.A. rejected Mr. Katigbak's argument, which was raised for the first time in the Court of Appeal, that the Information was defective. Mr. Katigbak argued that the Information should be quashed because it charged a single count of the offence stretching over a seven-year period, during which the statutory defence was amended. He argued that the Crown should have charged two counts of the offence; one for the period before November 2005, and one afterwards. Blair J.A. held that while it may have been preferable for the Crown to have charged Mr. Katigbak with two counts, the Crown is only required to charge separate counts if the elements of the offence change, and not when a statutory defence is amended. Further, Mr. Katigbak was not prejudiced by the Information as it stands, given that he and the Crown proceeded on the premise that he was entitled to the pre-amendment defences for the period ending October 31, 2005 and to the post-amendment defence for the subsequent period, and he was tried and conducted his defence accordingly (para. 97).

donné pouvait s'inférer de la nature du matériel lui-même. Le juge Blair a aussi estimé que la juge du procès avait commis une erreur en concluant que les auteurs du matériel en question n'avaient pas tiré profit du fait que M. Katigbak l'avait vu, étant donné qu'il ne l'avait pas acheté; en effet, « [c]e qui compte dans le monde du cyberespace, c'est le nombre de "visites" » (par. 82). Dans la même veine, il a conclu que même si l'intention de M. Katigbak de ne pas distribuer ou reproduire les images en cause avait pu permettre « d'éviter de *redoubler* la victimisation des personnes visées, elle n'avait pas *diminué* la revictimisation des enfants touchés par le processus même du téléchargement et de la possession des images » (*ibid.* (en italique dans l'original)). Après avoir examiné la preuve, il a conclu que le risque que représentait la possession de matériel pornographique par M. Katigbak était, dans les circonstances, indu.

[36] Enfin, le juge Blair a rejeté l'argument que M. Katigbak a fait valoir pour la première fois en Cour d'appel selon lequel la dénonciation était viciée. M. Katigbak a avancé que la dénonciation devait être annulée parce qu'elle lui imputait une seule infraction commise sur une période de sept ans, au cours de laquelle le moyen de défense prévu par la loi avait été modifié. Il a soutenu que le ministère public aurait plutôt dû porter deux accusations contre lui, soit une accusation pour la période antérieure à novembre 2005, et une autre, pour la période postérieure à cette date. Selon le juge Blair, il aurait certes été préférable que deux accusations aient été portées contre M. Katigbak, mais, cela dit, le ministère public n'est tenu de déposer des chefs d'accusation distincts que si les éléments de l'infraction changent, et non en cas de modification d'un moyen de défense prévu par la loi. De plus, la dénonciation dans sa forme actuelle n'a pas fait subir de préjudice à M. Katigbak puisque, d'une part, lui-même et le ministère public sont partis du principe qu'il pouvait invoquer, pour la période se terminant le 31 octobre 2005, les moyens de défense tels qu'ils existaient avant que des modifications n'y soient apportées, et, pour la période postérieure à celle-ci, le moyen de défense résultant des modifications, et, d'autre part, il a subi son procès et présenté sa défense sur cette base (par. 97).

V. Issues

[37] Mr. Katigbak concedes that he possessed child pornography, as defined by s. 163.1(1) of the *Criminal Code*, during the period alleged by the Information. He further concedes that the pre-November 2005 artistic merit defence is not open to him on the facts. He raises the following issues:

1. Did the Court of Appeal err in finding that the public good defence was not available to Mr. Katigbak for the period before November 2005?
2. Under the post-November 2005 defence,
 - (a) did the Court of Appeal err in its interpretation of “legitimate purpose”?
 - (b) did the Court of Appeal err in finding that there was no reasonable doubt on the “undue risk of harm” branch of the defence?
3. Did the Court of Appeal err in finding the Information was not defective?

VI. Analysis

[38] Before turning to the defences raised by Mr. Katigbak, a general comment is in order. When interpreting the defences for child pornography offences, courts must strike a difficult balance between the importance of freedom of expression and the need to protect children from abuse. Giving primacy to either of these objectives would defeat Parliament’s objective. On the one hand, interpreting the defences too narrowly would result in the punishment of expressive conduct that poses a minimal risk of harm to young persons. By enacting these defences, Parliament recognized that “the law could unduly impinge on some of the values protected by the guarantee of free expression, like artistic creativity, education, medical research, or other public purposes, and sought to provide

V. Les questions en litige

[37] M. Katigbak reconnaît avoir eu en sa possession de la pornographie juvénile au sens du par. 163.1(1) du *Code criminel* pendant la période mentionnée dans la dénonciation. Il reconnaît également que les faits en l’espèce ne donnent pas ouverture au moyen de défense fondé sur la valeur artistique tel qu’il existait avant novembre 2005. Il soulève les questions suivantes :

1. La Cour d’appel a-t-elle commis une erreur en concluant que M. Katigbak ne pouvait invoquer le moyen de défense fondé sur le bien public pour la période antérieure à novembre 2005?
2. Au regard du moyen de défense tel qu’il existe depuis novembre 2005 :
 - a) la Cour d’appel a-t-elle commis une erreur dans son interprétation de « but légitime »?
 - b) la Cour d’appel a-t-elle commis une erreur en concluant à l’absence de tout doute raisonnable s’agissant du volet du moyen de défense relatif au « risque indu »?
3. La Cour d’appel a-t-elle commis une erreur en concluant que la dénonciation n’était pas viciée?

VI. Analyse

[38] Avant d’examiner les moyens de défense invoqués par M. Katigbak, une remarque générale s’impose. Pour interpréter les moyens de défense qui s’offrent à la personne accusée d’avoir commis une infraction en matière de pornographie juvénile, les tribunaux doivent s’acquitter de la tâche difficile qui consiste à établir l’équilibre entre l’importance de la liberté d’expression et la nécessité de protéger les enfants contre la violence. Accorder la priorité à l’une ou à l’autre irait à l’encontre de l’objectif du législateur. D’une part, interpréter les moyens de défense de manière trop restrictive reviendrait à punir les activités expressives qui posent un risque minime pour les personnes mineures. En créant ces moyens de défense, le législateur a reconnu que « la disposition pourrait porter indûment atteinte

protection for activities furthering these values” (*Sharpe*, at para. 60). On the other hand, interpreting the statutory defences too broadly would undermine the laws against child pornography. The defences must not be read in a way that defeats Parliament’s objectives of criminalizing child pornography and protecting children from abuse.

A. *Pre-November 2005*

[39] As stated earlier, prior to November 2005, the *Criminal Code* child pornography provisions contained a defence of artistic merit and a public good defence. The defence of artistic merit is not in issue in this appeal. Mr. Katigbak correctly concedes that the trial judge erred in law when she held that, even if the materials themselves had no artistic merit, an artistic motive for possessing the materials sufficed to raise the defence. It is clear from the wording of the provision that Parliament only intended the defence to apply where the materials themselves had artistic merit, and not where the accused simply had an artistic purpose for possessing them. This Court confirmed this interpretation in *Sharpe*.

[40] While Mr. Katigbak concedes that the trial judge erred in applying the defence of artistic merit, he argues that he may rely on the public good defence for the period before November 2005.

[41] The analysis under the public good defence involves two steps: (1) whether the actions of the accused served the public good; and, if so (2) whether the actions of the accused extended “beyond what served the public good”. For ease

à certaines valeurs protégées par la garantie de la liberté d’expression, telles que la créativité artistique, l’éducation, la recherche médicale et d’autres fins publiques, et il a tenté de protéger les activités qui servent ces valeurs » (*Sharpe*, par. 60). D’autre part, interpréter les moyens de défense de manière trop large compromettrait les lois qui interdisent la pornographie juvénile. Les moyens de défense ne doivent pas être interprétés de manière à contrecarrer les objectifs du législateur, qui visent à criminaliser la pornographie juvénile et protéger les enfants contre la violence.

A. *Avant novembre 2005*

[39] Comme nous l’avons déjà dit, avant novembre 2005, les dispositions du *Code criminel* en matière de pornographie juvénile prévoyaient deux moyens de défense, l’un étant fondé sur la valeur artistique et l’autre, sur le bien public. Le moyen de défense fondé sur la valeur artistique n’est pas en cause dans le présent pourvoi. M. Katigbak reconnaît à juste titre que la juge du procès a commis une erreur de droit en concluant que même si le matériel lui-même n’avait aucune valeur artistique, il suffisait à la personne qui l’avait en sa possession d’avoir un motif de cette nature pour pouvoir invoquer ce moyen de défense. Or, il ressort clairement du libellé de la disposition que l’intention du législateur était que le moyen de défense ne puisse être invoqué que si le matériel lui-même avait une valeur artistique, et non dans le cas où l’accusé avait simplement un motif artistique pour posséder de la pornographie juvénile. Notre Cour a confirmé cette interprétation dans *Sharpe*.

[40] M. Katigbak reconnaît que la juge du procès a commis une erreur en acceptant le moyen de défense fondé sur la valeur artistique, mais il soutient pouvoir invoquer celui fondé sur le bien public pour la période antérieure à novembre 2005.

[41] L’analyse relative au moyen de défense fondé sur le bien public se fait en deux étapes. Il faut d’abord se demander (1) si les actes de l’accusé ont servi le bien public, et, dans l’affirmative, (2) si ces actes ont « outrepassé ce qui a servi celui-ci ». Par

of reference, we repeat the relevant provision here:

163. . . .

(3) No person shall be convicted of an offence under this section if the public good was served by the acts that are alleged to constitute the offence and if the acts alleged did not extend beyond what served the public good.

(4) For the purposes of this section, it is a question of law whether an act served the public good and whether there is evidence that the act alleged went beyond what served the public good, but it is a question of fact whether the acts did or did not extend beyond what served the public good.

(5) For the purposes of this section, the motives of an accused are irrelevant.

(1) Whether Accused's Actions Served the Public Good

[42] At this step of the analysis, the trial judge must decide whether the possession of child pornography served the public good. The court must begin by reaching factual conclusions about what the accused did, and the effects of his actions. Once his or her conduct has been characterized, the court must consider whether the accused's actions served the public good. The focus is on the *effect* of the activity, not the motives of the accused. This distinguishes the public good defence from the legitimate purpose branch of the new defence. As a preliminary matter, the trial judge must determine whether, considered objectively, there is evidence that the activity in question advanced the public good. If so, the Crown bears the burden of proving beyond a reasonable doubt that the public good was not served by the actions of the accused.

[43] Under s. 163(4), it is a question of law whether an act served the public good. In *Sharpe*, the majority of this Court interpreted the term "public good" as "necessary or advantageous to religion or morality, to the administration of justice, the pursuit of science, literature, or art, or other objects of general interest" (para. 70, quoting J. F. Stephen, *A Digest of the Criminal Law* (9th ed. 1950), at p. 173). The majority provided examples of situations in which

souci de commodité, nous reproduisons la disposition pertinente :

163. . . .

(3) Nul ne peut être déclaré coupable d'une infraction visée au présent article si les actes qui constitueraient l'infraction ont servi le bien public et n'ont pas outrepassé ce qui a servi celui-ci.

(4) Pour l'application du présent article, la question de savoir si un acte a servi le bien public et s'il y a preuve que l'acte allégué a outrepassé ce qui a servi le bien public est une question de droit, mais celle de savoir si les actes ont ou n'ont pas outrepassé ce qui a servi le bien public est une question de fait.

(5) Pour l'application du présent article, les motifs d'un prévenu ne sont pas pertinents.

(1) Les actes de l'accusé ont-ils servi le bien public?

[42] À cette étape de l'analyse, le juge du procès doit décider si le fait que la personne avait de la pornographie juvénile en sa possession servait le bien public. Le tribunal doit d'abord tirer des conclusions factuelles au sujet des actes de l'accusé et des conséquences de ceux-ci. Après avoir qualifié les actes, le tribunal doit se demander s'ils servaient le bien public. Pour ce faire, il doit mettre l'accent sur l'*effet* des actes et non sur les motifs de l'accusé, ce qui permet de distinguer le moyen de défense fondé sur le bien public du volet relatif au but légitime du nouveau moyen de défense. À titre préliminaire, le juge du procès doit déterminer si, d'un point de vue objectif, la preuve indique que les actes en question ont servi le bien public. Si c'est le cas, il incombe au ministère public de prouver hors de tout doute raisonnable que le bien public n'a pas été servi par les actes de l'accusé.

[43] Aux termes du par. 163(4), la question de savoir si un acte a servi le bien public est une question de droit. Dans *Sharpe*, la majorité de notre Cour a interprété le « bien public » comme étant [TRADUCTION] « ce qui est nécessaire ou favorable à la religion ou à la moralité, à l'administration de la justice, à l'activité scientifique, littéraire ou artistique ou à d'autres sujets d'intérêt général » (par. 70, citant J. F. Stephen, *A Digest of the Criminal*

possession of child pornography would serve the public good, such as “possession of child pornography by people in the justice system for purposes associated with prosecution, by researchers studying the effects of exposure to child pornography, and by those in possession of works addressing the political or philosophical aspects of child pornography” (para. 70).

[44] If the court is left with a reasonable doubt that the activities, viewed objectively, served the public good, the court must go on to ask whether the conduct of the accused extended “beyond what served the public good”.

(2) Whether Accused’s Actions Extended Beyond What Served the Public Good

[45] Under s. 163(4), it is a question of law whether there is evidence that the act alleged went beyond what served the public good, but it is a question of fact whether the acts did or did not extend beyond what served the public good. Here again, the Crown bears the burden of proving beyond a reasonable doubt that the defence does not apply.

[46] The requirement that the acts not go beyond what serves the public good ensures that the public good defence will only be available if all of the activities that are alleged to constitute the offence are connected to the advancement of the public good. As stated earlier, the focus is on the effect of the activity, not the motives of the accused.

(3) Application to the Case at Bar

[47] Mr. Katigbak submits that the trial judge’s findings on the artistic merit defence establish the public good defence, as “*the purpose of the possession is the focal point of the public good defence*” (A.F., at para. 53 (emphasis in original)). We disagree.

Law (9^e éd. 1950), p. 173). La majorité a donné des exemples de situations où la possession de pornographie juvénile serait susceptible de servir le bien public, comme « la possession de tel matériel par des intervenants du système judiciaire dans le cadre d’une poursuite en justice, par des chercheurs qui étudient les effets de l’exposition à la pornographie juvénile ou encore par des personnes qui ont en leur possession des œuvres traitant des aspects politiques ou philosophiques de la pornographie juvénile » (par. 70).

[44] Dans le cas où il conclut qu’il subsiste un doute raisonnable quant à savoir si, d’un point de vue objectif, les actes de l’accusé ont servi le bien public, le tribunal doit alors se demander si ces actes ont « outrepassé ce qui a servi le bien public ».

(2) Les actes de l’accusé ont-ils outrepassé ce qui a servi le bien public?

[45] Aux termes du par. 163(4), la question de savoir s’il y a preuve que l’acte allégué a outrepassé ce qui a servi le bien public est une question de droit, mais celle de savoir si les actes ont ou n’ont pas outrepassé ce qui a servi le bien public en est une de fait. Là encore, il incombe au ministère public de prouver hors de tout doute raisonnable que le moyen de défense ne peut être invoqué.

[46] L’exigence selon laquelle les actes ne doivent pas outrepasser ce qui sert le bien public vise à assurer que le moyen de défense fondé sur le bien public ne puisse être invoqué que dans les cas où toutes les activités qui constitueraient l’infraction tendent à servir le bien public. Nous le répétons, il faut mettre l’accent sur l’effet des actes et non sur les motifs de l’accusé.

(3) Application à l’espèce

[47] Selon M. Katigbak, il ressort des conclusions de la juge du procès quant au moyen de défense fondé sur la valeur artistique que les conditions de celui fondé sur le bien public avaient été remplies, car [TRADUCTION] « *le but dans lequel l’intéressé a le matériel en sa possession est au cœur du moyen de défense fondé sur le bien public* » (m.a., par. 53 (en italique dans l’original)). Nous ne sommes pas d’accord.

[48] As discussed above, the assertion that the accused's *purpose* was to advance the public good is not enough to establish the defence. The question is whether, viewed objectively, the evidence supports the contention that the activities in question actually served the public good. The accused will be acquitted if the trial judge is (1) left with reasonable doubt as to whether "the public good was served" by his conduct, and, (2) if so, the Crown has not established beyond a reasonable doubt that the conduct extended beyond what served the public good. The trial judge addressed neither point. She merely accepted that Mr. Katigbak's *purpose* for possession was to create a public exhibition on child abuse. Therefore, we reject Mr. Katigbak's argument that the trial judge's findings are capable of being applied to the public good defence.

[49] This conclusion means that the trial judge's verdict of acquittal cannot be restored.

[50] The next question is whether the Court of Appeal erred in substituting a conviction for the trial judge's acquittal insofar as the pre-November 2005 activities are concerned. The Court of Appeal concluded, beyond a reasonable doubt, that Mr. Katigbak could not rely on either the artistic merit or the public good defence, and went on to substitute a verdict of conviction for the trial judge's acquittal. Since this was an appeal from acquittal, the jurisdiction of the Court of Appeal was limited to "question[s] of law alone" (s. 676(1)(a) of the *Criminal Code*). Consequently, the Court of Appeal could not make its own findings of fact. Additionally, s. 686(4)(b)(ii) of the *Criminal Code* establishes that appellate courts may only substitute an acquittal with a conviction if the trial judge's findings of fact, viewed in light of the applicable law, supported a conviction beyond a reasonable doubt. If the trial judge's findings of fact do not support a conviction beyond

[48] Comme nous l'avons déjà mentionné, l'affirmation que le *but* de l'accusé était de faire la promotion du bien public ne suffit pas à établir le bien-fondé du moyen de défense. La question est de savoir si, d'un point de vue objectif, la preuve étaye la prétention selon laquelle les actes en cause ont bel et bien servi le bien public. L'accusé sera acquitté (1) s'il subsiste dans l'esprit du juge du procès un doute raisonnable quant à savoir si les actes en cause « ont servi le bien public » et, (2) le cas échéant, si le ministère public n'est pas parvenu à établir hors de tout doute raisonnable que les actes ont outrepassé ce qui a servi le bien public. Or, la juge du procès ne s'est penchée sur ni l'une ni l'autre question. Elle a simplement accepté le fait que M. Katigbak avait eu le matériel en sa possession dans le *but* de monter une exposition sur la violence faite aux enfants. Par conséquent, nous rejetons l'argument de M. Katigbak que les conclusions de la juge du procès peuvent s'appliquer au moyen de défense fondé sur le bien public.

[49] Cette conclusion signifie que le verdict d'acquiescement prononcé par la juge du procès ne peut pas être rétabli.

[50] Il faut ensuite se demander si la Cour d'appel a commis une erreur en substituant une déclaration de culpabilité au verdict d'acquiescement prononcé par la juge du procès en ce qui concerne les activités de l'accusé antérieures à novembre 2005. La Cour d'appel a conclu, hors de tout doute raisonnable, que M. Katigbak ne pouvait invoquer ni le moyen de défense fondé sur la valeur artistique, ni celui fondé sur le bien public, et a ensuite substitué un verdict de culpabilité au verdict d'acquiescement prononcé par la juge du procès. Comme il s'agissait de l'appel d'un verdict d'acquiescement, la compétence de la Cour d'appel se limitait aux « question[s] de droit seulement » (al. 676(1)a) du *Code criminel*). Par conséquent, la Cour d'appel ne pouvait pas tirer ses propres conclusions de fait. En outre, selon le sous-al. 686(4)b)(ii) du *Code criminel*, les cours d'appel ne peuvent remplacer un verdict d'acquiescement par un verdict de culpabilité que si les conclusions de fait du juge du procès

a reasonable doubt, the proper remedy is a new trial.

[51] As stated above, the question we must answer under s. 686(4)(b)(ii) is whether the trial judge's findings of fact support a conviction beyond a reasonable doubt. In this case, we cannot conclude that they do.

[52] In our view, the Court of Appeal, in entering a conviction, relied not on findings of the trial judge, but on its own findings. First, it found that Mr. Katigbak was not engaged in "research" because his activities were not sufficiently "systematic" (para. 41). However, as Blair J.A. acknowledges, the trial judge "made no such finding" in her trial judgment (*ibid.*). Second, the Court of Appeal found that Mr. Katigbak's actions extended beyond what served the public good. This is an issue defined by s. 163(4) as a question of fact. In making these findings of fact, we are of the view that the Court of Appeal went beyond the jurisdiction conferred on it by s. 676(1)(a) of the *Criminal Code*. These matters were for the trial judge to determine. As the trial judge did not make the requisite factual inquiries, an appellate court cannot conclude on this record whether Mr. Katigbak's defence of public good would be successful or not. The accused is entitled to have these facts determined by a trial judge. The proper remedy therefore is a new trial.

B. *Post-November 2005*

[53] Mr. Katigbak submits that the Court of Appeal erred on both branches of the analysis of the post-November 2005 defence in s. 163.1(6), arguing that there was no reason to interfere with

étaient, au regard du droit applicable, une déclaration de culpabilité hors de tout doute raisonnable. Si les conclusions de fait de la juge du procès n'étaient pas hors de tout doute raisonnable une déclaration de culpabilité, la réparation appropriée consiste à tenir un nouveau procès.

[51] Comme nous venons de le voir, la question que nous devons trancher en appliquant le sous-al. 686(4)(b)(ii) est de savoir si les conclusions de fait de la juge du procès étaient hors de tout doute raisonnable une déclaration de culpabilité. Or, selon nous, elles n'étaient pas une telle déclaration.

[52] À notre avis, la Cour d'appel s'est fondée non pas sur les conclusions de fait tirées par la juge du procès, mais sur ses propres conclusions pour inscrire une déclaration de culpabilité. D'abord, elle a conclu que M. Katigbak ne faisait pas de « recherche » parce que, selon elle, ses activités n'étaient pas suffisamment [TRADUCTION] « systématiques » (par. 41). Cependant, comme le reconnaît le juge Blair, la juge du procès « n'a tiré aucune conclusion en ce sens » dans son jugement (*ibid.*). Ensuite, la Cour d'appel a conclu que les actes de M. Katigbak avaient outrepassé ce qui avait servi le bien public. Or, selon le par. 163(4), il s'agit là d'une question de fait. Il nous semble qu'en tirant ces conclusions de fait la Cour d'appel a outrepassé la compétence que lui confère l'al. 676(1)(a) du *Code criminel*. Il revenait plutôt à la juge du procès de tirer ces conclusions. Comme la juge du procès n'a pas analysé les faits comme elle aurait dû le faire, la Cour d'appel ne pouvait décider, sur la foi du dossier dont elle disposait, si M. Katigbak pouvait ou non invoquer avec succès le moyen de défense fondé sur le bien public. L'accusé a droit à ce que le juge du procès tire ses propres conclusions sur la base de ces faits. La réparation appropriée consiste donc à tenir un nouveau procès.

B. *Depuis novembre 2005*

[53] M. Katigbak prétend que la Cour d'appel a commis une erreur concernant chacun des deux volets de l'analyse du moyen de défense prévu au par. 163.1(6) tel qu'il existe depuis novembre 2005,

the trial judge's interpretation and application of the defence.

[54] While the Court of Appeal overturned the acquittal on the “undue harm” branch of the defence, the Crown seeks to uphold its judgment on the first branch as well. It argues the following: As the Crown's right to appeal from an acquittal is limited to questions of law under s. 676(1)(a) of the *Criminal Code*, the Crown did not attack the trial judge's finding that Mr. Katigbak had the purpose or intention he said he had in the court below, but argued on legal grounds that the purpose was not a “legitimate” one. While the Court of Appeal chose not to interfere with the trial judge's finding on the first branch of the defence, it did conclude that she had erred in law in her interpretation of the phrase “legitimate purpose”. The Crown submits that the Court of Appeal was correct in concluding that, for an act of possession to have a legitimate purpose related to art or to one of the other spheres of valued activity enumerated under s. 163.1(6)(a), the act of possession must have an “objectively verifiable connection with the purpose and the ultimately worthy goal” (R.F., at para. 40, citing the Court of Appeal, at para. 55). Since the Court of Appeal was also of the view that the trial judge would have concluded differently had she assessed the possession of the pornographic images in light of the appropriate legal framework, its reasoning ought to have led it to overturn the acquittal on this basis as well. Thus, the Crown relies on this branch of the defence as an alternative basis upon which to support the judgment below.

[55] We will therefore consider each component of the defence in turn. For convenience, we reproduce the current version of s. 163.1(6) here:

(6) No person shall be convicted of an offence under this section if the act that is alleged to constitute the offence

faisant valoir qu'il n'y avait aucune raison d'intervenir quant à l'interprétation que la juge du procès a donnée du moyen de défense et l'application qu'elle en a faite.

[54] Bien que la Cour d'appel ait annulé le verdict d'acquiescement au regard du volet du moyen de défense relatif au « risque indu », le ministère public cherche à faire confirmer le jugement qu'il a obtenu au regard du premier volet également. Il fait valoir que comme son droit d'en appeler d'un verdict d'acquiescement se limitait aux questions de droit suivant l'al. 676(1)a) du *Code criminel*, il n'a pas contesté la conclusion de la juge du procès que M. Katigbak avait bel et bien eu le but ou l'intention qu'il avait déclarés, mais plutôt avancé que ce but n'était pas « légitime » d'un point de vue juridique. Bien qu'elle ait choisi de ne pas modifier la conclusion de la juge du procès au regard du premier volet du moyen de défense, la Cour d'appel a tout de même statué que la juge avait commis une erreur de droit dans son interprétation de l'expression « but légitime ». Selon le ministère public, la Cour d'appel a eu raison de conclure que le fait d'avoir en sa possession le matériel en cause aura un but légitime lié aux arts ou à l'un ou l'autre des autres domaines énumérés à l'al. 163.1(6)a) s'il a un [TRADUCTION] « lien objectivement vérifiable avec le but et l'objectif ultime louable » (m.i., par. 40, citant la Cour d'appel, par. 55). Comme la Cour d'appel était aussi d'avis que la juge du procès serait parvenue à une autre conclusion si elle avait apprécié, à la lumière du cadre juridique approprié, le fait que M. Katigbak avait eu en sa possession les images pornographiques en cause, son raisonnement aurait dû l'amener à annuler le verdict d'acquiescement sur ce fondement également. Le ministère public invoque donc subsidiairement ce volet du moyen de défense pour faire valoir le bien fondé du jugement de première instance.

[55] Nous allons donc examiner successivement chacun des éléments du moyen de défense. Par souci de commodité, nous reproduisons ici la version actuelle du par. 163.1(6) :

(6) Nul ne peut être déclaré coupable d'une infraction au présent article si les actes qui constitueraient l'infraction :

(a) has a legitimate purpose related to the administration of justice or to science, medicine, education or art; and

(b) does not pose an undue risk of harm to persons under the age of eighteen years.

[56] As we will explain, ss. 163.1(6)(a) and (b) must be treated as independent requirements. The accused raises the defence by pointing to facts capable of supporting a reasonable doubt concerning the two components, at which point the burden falls on the Crown to prove beyond a reasonable doubt that either of the two requirements is not met.

(1) Legitimate Purpose: Section 163.1(6)(a)

[57] Under paragraph (a), the court considers whether the act of the accused “has a legitimate purpose related to the administration of justice or to science, medicine, education or art”. The court must assess whether the accused committed the alleged acts in order to serve one of the listed grounds — administration of justice, science, medicine, education or art.

[58] The court must first evaluate whether it is left with reasonable doubt that the accused, from a subjective standpoint, had a genuine, good faith reason for possessing child pornography for one of the listed grounds. However, the inquiry does not end here. Had Parliament intended the court to simply assess whether or not the accused subjectively had a purpose related to at least one of the enumerated activities, it would not have qualified the word “purpose” with the word “legitimate”. It would simply have said “has a purpose related to the administration of justice or to science, medicine, education or art”.

[59] It is trite law that the words of an Act are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense, harmoniously with the scheme of the Act and the intention of Parliament: *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27,

a) ont un but légitime lié à l’administration de la justice, à la science, à la médecine, à l’éducation ou aux arts;

b) ne posent pas de risque indu pour les personnes âgées de moins de dix-huit ans.

[56] Comme nous l’expliquerons plus loin, les al. 163.1(6)a) et b) doivent être traités comme des exigences distinctes l’une de l’autre. L’accusé doit d’abord invoquer le moyen de défense en s’appuyant sur des faits à même de soulever un doute raisonnable quant à savoir si les deux exigences sont satisfaites, après quoi il incombe au ministère public d’établir hors de tout doute raisonnable que l’une ou l’autre de celles-ci ne l’est pas.

(1) But légitime : al. 163.1(6)a)

[57] L’alinéa a) invite le tribunal à se demander si les actes de l’accusé « ont un but légitime lié à l’administration de la justice, à la science, à la médecine, à l’éducation ou aux arts ». Le tribunal doit donc déterminer si c’est dans l’un des buts énumérés, à savoir l’administration de la justice, la science, la médecine, l’éducation ou les arts, que l’accusé a commis les actes qui lui sont reprochés.

[58] Le tribunal doit d’abord se demander s’il subsiste un doute raisonnable quant à savoir si, d’un point de vue subjectif, l’accusé avait un motif valable et de bonne foi d’avoir de la pornographie juvénile en sa possession dans l’un des buts énumérés. Cependant, l’examen ne s’arrête pas là. Si le législateur avait voulu que le tribunal se contente d’examiner si l’accusé avait subjectivement un but lié à au moins l’une des activités énumérées, il n’aurait pas ajouté le qualificatif « légitime » au mot « but ». Il aurait simplement écrit « a un but lié à l’administration de la justice, à la science, à la médecine, à l’éducation ou aux arts ».

[59] Il est bien établi en droit qu’il faut lire les termes d’une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s’harmonise avec l’esprit de la loi, l’objet de la loi et l’intention du législateur : *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*,

at para. 21; and *R. v. McIntosh*, [1995] 1 S.C.R. 686, at para. 21. In addition, every word of a statute is presumed to have a role in achieving the objective of the Act. No word or provision should be interpreted so as to render it mere surplusage: *R. v. Proulx*, 2000 SCC 5, [2000] 1 S.C.R. 61, at para. 28; *McIntosh*, at para. 21; *Rizzo*, at para. 21; R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (5th ed. 2008), at pp. 6 and 210-13.

[60] Applying these principles of statutory interpretation to the language used in s. 163.1(6)(a), it is clear that Parliament intended something more than a subjective purpose related to one of the listed grounds, regardless of the circumstances. Rather, the language of the provision directs the court to assess whether the accused's stated purpose is "legitimate". In our view, the legitimacy requirement is met when there is an objectively verifiable connection between the impugned act and the accused's stated purpose. Additionally, the accused's stated purpose must be objectively related to at least one of the enumerated grounds. That is, based on all of the circumstances, a reasonable person would conclude that (1) there is an objective connection between the accused's actions and his or her purpose, and (2) there is an objective relationship between his or her purpose and one of the protected activities (administration of justice, science, medicine, education or art).

[61] It is important to stress that this objective assessment does not involve the court in any assessment of the *value* of the particular scientific or artistic activity in question. As this court held in *Sharpe*, courts are ill-equipped to inquire into whether or not a work is "good" art or not (paras. 62-65). Similar logic applies to the other enumerated categories set out in s. 163.1(6)(a). However, courts are well equipped to assess what is objectively reasonable in all the circumstances. Thus, when determining whether or not the accused has a legitimate purpose related to science, for example, courts will not evaluate whether or not the project has any scientific merit. However, the court can and must assess whether there is an objective connection between the accused's actions and his or

[1998] 1 R.C.S. 27, par. 21; et *R. c. McIntosh*, [1995] 1 R.C.S. 686, par. 21. De plus, il faut présumer que chaque terme d'une loi joue un rôle dans l'atteinte de l'objectif de celle-ci. Par ailleurs, il ne faut jamais interpréter une disposition législative de façon telle qu'elle devienne superfétatoire : *R. c. Proulx*, 2000 CSC 5, [2000] 1 R.C.S. 61, par. 28; *McIntosh*, par. 21; *Rizzo*, par. 21; R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (5^e éd. 2008), p. 6 et 210-213.

[60] Si l'on applique ces principes d'interprétation des lois au libellé de l'al. 163.1(6)a), on voit clairement que le législateur entendait exiger plus que la simple existence d'un but subjectif lié à l'une des activités énumérées, peu importe les circonstances. Le libellé de la disposition impose plutôt au tribunal le devoir de se demander si le but déclaré de l'accusé est « légitime ». À notre avis, le critère de la légitimité est respecté s'il existe un lien objectivement vérifiable entre l'acte reproché à l'accusé et le but qu'il dit poursuivre. En outre, ce but doit être objectivement lié à au moins l'une des activités énumérées. En d'autres termes, la personne raisonnable conclurait, eu égard à l'ensemble des circonstances, (1) qu'il y a un lien objectif entre les actes de l'accusé et le but qu'il dit poursuivre, et (2) qu'il y a un lien objectif entre ce but et l'une des activités protégées (administration de la justice, science, médecine, éducation ou arts).

[61] Il est important de souligner qu'en faisant cette évaluation objective le tribunal n'est pas tenu d'apprécier la *valeur* de l'activité scientifique ou artistique en cause. Comme l'a dit notre Cour dans *Sharpe*, les tribunaux ne disposent pas des outils nécessaires pour apprécier la « qualité » d'une œuvre d'art (par. 62-65). Le même raisonnement s'applique aux autres domaines énumérés à l'al. 163.1(6)a). Cependant, les tribunaux disposent des outils nécessaires pour apprécier ce qui est objectivement raisonnable eu égard aux circonstances. Par conséquent, pour déterminer si l'accusé poursuit un but légitime lié à la science, par exemple, le tribunal ne se demandera pas si le projet a une quelconque valeur scientifique. Toutefois, le tribunal peut et doit déterminer, d'une part, s'il existe un

her stated purpose and, further, whether there is an objective relationship between the accused's stated purpose and one of the protected activities.

[62] The inquiry under the objective component of the legitimate purpose branch of the defence is also distinct from the question of "undue risk of harm" under the second branch. For example, let us assume that child pornography is collected by medical professionals for the purpose of showing the material to convicted sex offenders in the context of a treatment program. The question whether the collection of pornographic material depicting *actual* children for the stated purpose goes too far is one that falls to be determined under the second branch of the defence. It is sufficient under the first branch if a reasonable person would conclude in all the circumstances that there is (1) a connection between the impugned act and the purpose of treating sex offenders, and (2) a relationship between the stated purpose and, in this example, the protected activity of science or medicine.

[63] To conclude, if the court is left with a reasonable doubt that the activity is objectively related to a listed ground and was undertaken genuinely and in good faith, s. 163.1(6)(a) is satisfied.

(2) Undue Risk of Harm: Section 163.1(6)(b)

[64] The second requirement of the current defence is that the accused's actions may "not pose an undue risk of harm to persons under the age of eighteen years". Once again, this provision must be interpreted purposively. The courts must strike a balance between the importance of freedom of expression and reducing the risk of harm to children. This provision only comes into play *after* the court has held that the accused had a "legitimate purpose related to the administration of justice or to science, medicine, education or art". The question is what degree of harm will be tolerated in the case of activity that has a legitimate purpose. This requires the judge to determine whether such

lien objectif entre les actes de l'accusé et le but qu'il dit poursuivre, et, d'autre part, s'il existe un tel lien entre ce but et l'une des activités protégées.

[62] L'examen qu'il convient de faire en ce qui concerne l'élément objectif du volet du moyen de défense relatif au but légitime est aussi distinct de la question du « risque indu » qui se pose dans le cadre du deuxième volet. Par exemple, supposons que des professionnels de la santé possèdent de la pornographie juvénile dans le but de montrer le matériel à des contrevenants déclarés coupables d'infractions sexuelles dans le cadre d'un programme de traitement. La question de savoir si, dans la poursuite de ce but, le fait de collectionner du matériel pornographique illustrant de *vrais* enfants va trop loin en est une qu'il convient d'examiner dans le cadre du deuxième volet du moyen de défense. Pour les fins du premier volet, il suffit qu'une personne raisonnable conclurait, eu égard à l'ensemble des circonstances, (1) qu'il y a un lien objectif entre l'acte reproché et le but qui consiste à traiter ces contrevenants, et (2) qu'il existe un lien entre le but déclaré et, dans cet exemple, l'activité protégée, qui se rapporte à la science ou la médecine.

[63] Enfin, si le tribunal conclut que l'activité est objectivement liée à un domaine énuméré et qu'elle a été menée sincèrement et de bonne foi, ou qu'il subsiste un doute raisonnable à cet égard, les exigences de l'al. 163.1(6)a) sont alors satisfaites.

(2) Risque indu : al. 163.1(6)b)

[64] La deuxième exigence à satisfaire pour invoquer l'actuel moyen de défense consiste à établir que les actes de l'accusé « ne posent pas de risque indu pour les personnes âgées de moins de dix-huit ans ». Encore là, cette disposition appelle une interprétation téléologique. Les tribunaux doivent établir l'équilibre entre l'importance de la liberté d'expression et la nécessité de réduire le risque qu'un préjudice ne soit causé à des enfants. Cette disposition ne s'applique qu'*après* que le tribunal a conclu que l'accusé avait un « but légitime lié à l'administration de la justice, à la science, à la médecine, à l'éducation ou aux arts ». La question est de savoir quel degré de préjudice sera toléré dans le cas d'une activité

activities pose an “undue risk of harm” to children. This raises the question of how the judge determines the risk of harm that the activities pose to children.

[65] The “risk of harm” test found in s. 163.1(6)(b) recalls the early jurisprudence related to the offence of obscenity set out in s. 163(8), which also uses the term “undue”. For many years, it was held that courts should consider the moral views of the community when determining whether the exploitation of sex in the impugned materials was “undue”.

[66] A majority of the Court rejected the “moral views of the community” approach to “undue” and replaced it with a norm of significant objectively ascertainable harm in *R. v. Labaye*, 2005 SCC 80, [2005] 3 S.C.R. 728. McLachlin C.J. for the majority reasoned:

[O]ver time, courts increasingly came to recognize that morals and taste were subjective, arbitrary and unworkable in the criminal context, and that a diverse society could function only with a generous measure of tolerance for minority mores and practices. This led to a legal norm of objectively ascertainable harm instead of subjective disapproval. [Emphasis added; para. 14.]

In addition to the requirement of objectively ascertainable harm, the Court in *Labaye* held that the conduct of the accused must pose a “significant risk of harm” (para. 30) or create a level of harm that is “incompatible with the proper functioning of society” (para. 24).

[67] In our view, the *Labaye* interpretation is applicable in the present appeal. The words “undue risk of harm” set out in s. 163.1(6)(b) should be interpreted to mean a significant risk of objectively ascertainable harm as required by the law of

menée dans un but légitime. À cette fin, le juge doit se demander si les actes en cause posent un « risque indu » pour les enfants. Dès lors, la question qui se pose est celle de savoir comment le juge apprécie le risque que ces actes causent un préjudice à des enfants.

[65] Le critère du « risque indu » que pose l’al. 163.1(6)b rappelle la jurisprudence antérieure relative à l’infraction d’obscénité prévue au par. 163(8), qui utilise également le terme « indu ». Pendant plusieurs années, on a estimé que les tribunaux devaient tenir compte des valeurs morales de la société lorsqu’il s’agissait de déterminer si l’exploitation à caractère sexuel dans le matériel contesté était « indue ».

[66] Dans *R. c. Labaye*, 2005 CSC 80, [2005] 3 R.C.S. 728, les juges majoritaires de notre Cour ont rejeté l’approche fondée sur les « valeurs morales de la société » qui servait à déterminer ce qui était « indu » et l’ont remplacée par une norme fondée sur le préjudice important objectivement vérifiable. S’exprimant pour la majorité, la juge en chef McLachlin a formulé le raisonnement suivant :

[A]u fil du temps, les tribunaux en sont venus progressivement à reconnaître que les valeurs morales et les goûts étaient subjectifs et arbitraires, qu’ils n’étaient pas fonctionnels dans le contexte criminel, et qu’une grande tolérance des mœurs et pratiques minoritaires était essentielle au bon fonctionnement d’une société diversifiée. Cela a mené à l’adoption d’une norme juridique fondée sur un préjudice objectivement vérifiable plutôt que sur une désapprobation subjective. [Nous soulignons; par. 14.]

En plus de poser l’exigence relative au préjudice objectivement vérifiable, la Cour a conclu dans cet arrêt que la conduite de l’accusé doit poser un « risque appréciable de préjudice » (par. 30) ou créer un niveau de préjudice qui est « incompatible avec le bon fonctionnement de la société » (par. 24).

[67] À notre avis, l’interprétation donnée dans *Labaye* s’applique au présent pourvoi. En effet, il convient d’interpréter les termes « risque indu » utilisés à l’al. 163.1(6)b) comme signifiant un risque appréciable de préjudice objectivement

obscenity, rather than the former “moral views of the community” approach. Relying on the moral views of the community would be as unworkable for child pornography offences as it is for obscenity charges. Reasonable people may hold sharply divergent views about the level of risk to young persons that should be tolerated as a result of artistic expression, or scientific research. Instead, the courts must ask whether the harm is objectively ascertainable and whether the level of the harm poses a *significant* risk to children. It goes without saying that the harm may be either physical, psychological, or both.

[68] The determination of what the accused did and its consequences are questions of fact, to be decided on the basis of the evidence at trial. The trial judge must make findings of fact regarding the risks posed by the accused’s activities, based on evidence as to the degree of the risk, viewed objectively. Expert evidence, while not always necessary, may assist in establishing a link between the actions of the accused and the creation of a risk of harm to young persons. As stated in *Labaye*, “[t]he focus on evidence helps to render the inquiry more objective” (para. 60). Having made these factual findings, however, the question of whether the risk is so significant that it is “undue” is a question of law (*ibid.*; *R. v. Mara*, [1997] 2 S.C.R. 630, at para. 24). The application of this legal standard to the facts is also a question of law: *R. v. Shepherd*, 2009 SCC 35, [2009] 2 S.C.R. 527, at para. 20; *Labaye*, at para. 60.

[69] The intervener Canadian Civil Liberties Association (“CCLA”) submits that the risk of harm will only be “undue” if it is greater than the inherent risk posed by the possession of child pornography. It argues that if the courts find that all acts of possession of child pornography necessarily create an “undue risk of harm”, they will

vérifiable, comme l’exigent les dispositions législatives en matière d’obscénité, plutôt que comme l’expression de l’ancienne approche fondée sur les « valeurs morales de la société ». Cette approche serait tout aussi impraticable pour les infractions en matière de pornographie juvénile qu’elle l’est pour les accusations en matière d’obscénité. Des personnes raisonnables peuvent avoir des points de vue très divergents sur ce qu’elles sont disposées à tolérer pour ce qui est du risque que pose pour les personnes mineures une expression artistique ou une recherche scientifique données. Les tribunaux doivent plutôt se demander si le préjudice est objectivement vérifiable et si le degré de préjudice pose un risque *important* pour les enfants. Il va sans dire que le préjudice peut être physique, psychologique, ou les deux.

[68] Les questions de savoir quels actes l’accusé a posés et quelles en ont été les conséquences sont des questions de fait qu’il convient de trancher sur la base des éléments de preuve présentés au procès. Le juge du procès doit donc tirer des conclusions de fait à propos des risques que les activités de l’accusé ont posés en appréciant objectivement la preuve relative au degré du risque en cause. La preuve d’expert, bien qu’elle ne soit pas toujours nécessaire, peut permettre d’établir un lien entre les actes de l’accusé et la création d’un risque de préjudice pour les personnes mineures. Comme la Cour l’a dit dans *Labaye*, « [l]’accent mis sur la preuve contribue à accroître l’objectivité de la démarche » (par. 60). Cependant, ces conclusions de fait ayant été tirées, la question de savoir si le risque est à ce point important qu’il est « indu » constitue une question de droit (*ibid.*; *R. c. Mara*, [1997] 2 R.C.S. 630, par. 24). L’application de cette norme juridique aux faits est aussi une question de droit : *R. c. Shepherd*, 2009 CSC 35, [2009] 2 R.C.S. 527, par. 20; *Labaye*, par. 60.

[69] L’intervenante, l’Association canadienne des libertés civiles (« ACLC »), prétend que le risque n’est « indu » que s’il est plus grand que le risque inhérent que pose le fait d’avoir de la pornographie juvénile en sa possession. Elle soutient que si les tribunaux estiment que tous les actes de possession de pornographie juvénile créent nécessairement un

effectively remove the defence Parliament intended for the administration of justice, science, medicine, education and art. To avoid this result, the CCLA submits that an “undue risk” must arise from something specific to the case, rather than the harms inherent to the offence charged (Factum, at para. 21). LeBel J. would adopt this approach.

[70] We agree that the two-step legitimate purpose/undue risk of harm defence must be read in a way that would allow it to apply in *some* cases. As stated by the majority in *Sharpe* when discussing the artistic merit defence, “Parliament clearly intended that some pornographic and possibly harmful works would escape prosecution on the basis of this defence; otherwise there is no need for it” (para. 65). However, it is our view that no useful purpose would be served by drawing a distinction — assuming one can realistically be drawn — between harms that are “inherent” and those that are “specific” to the offence charged. All risks flowing from the commission of the offence must be considered in the “undue risk” assessment. We respectfully disagree with LeBel J. that this means that “the defence would inevitably fail” at the second stage of the analysis (para. 88). Whether or not the risk to children is “undue” is a question that can only be answered on a case-by-case basis having regard to all of the circumstances.

[71] In our view, the proper approach is to consider the two stages of the defence as independent requirements. Section 163.1(6)(a) lists purposes that may be considered *prima facie* capable of serving as defences, so long as a trial judge is left with reasonable doubt as to their applicability in given circumstances. Section 163.1(6)(b) then provides that if the acts of the accused pose undue risk to children, the *prima facie* defence is negated, and does not apply. The purpose remains legitimate, but because of the undue risk of harm

« risque indu », ils supprimeront de fait le moyen de défense prévu par le législateur en ce qui concerne l’administration de la justice, la science, la médecine, l’éducation ou les arts. Pour éviter ce résultat, l’ACLC affirme que le « risque indu » doit découler d’un aspect propre de l’affaire plutôt que du préjudice inhérent à l’infraction reprochée (mémoire, par. 21). Le juge LeBel est d’avis d’adopter cette approche.

[70] Nous sommes d’accord qu’il convient d’interpréter le moyen de défense à deux volets (but légitime et risque indu) de telle sorte qu’on puisse l’invoquer dans *certain*s cas. Comme les juges majoritaires l’ont dit dans *Sharpe* en analysant le moyen de défense fondé sur la valeur artistique, « [l]e législateur a manifestement voulu que certaines œuvres pornographiques susceptibles d’être préjudiciables échappent à toutes poursuites grâce à ce moyen de défense, qui autrement n’aurait aucune utilité » (par. 65). Cependant, nous sommes d’avis qu’il ne servirait à rien d’établir une distinction — en supposant qu’il soit réaliste et possible de le faire — entre les préjudices « inhérents » à l’infraction reprochée et ceux qui lui sont « propres ». Tous les risques découlant de la perpétration de l’infraction doivent être considérés dans le cadre de l’évaluation du « risque indu ». Soit dit en tout respect, nous ne saurions souscrire à l’opinion du juge LeBel que cela signifie que « le moyen de défense serait invariablement voué à l’échec » à la deuxième étape de l’analyse (par. 88). La question de savoir si l’acte en cause pose ou non un risque « indu » pour les enfants ne peut être tranchée qu’au cas par cas eu égard à l’ensemble des circonstances.

[71] À notre avis, la démarche appropriée consiste à traiter les deux volets du moyen de défense comme des exigences distinctes l’une de l’autre. L’alinéa 163.1(6)a énumère les buts qui, à première vue, peuvent servir de moyens de défense, dans la mesure où il subsiste dans l’esprit du juge du procès un doute raisonnable quant à savoir s’ils s’appliquent dans les circonstances de l’affaire dont il est saisi. L’alinéa 163.1(6)b prévoit ensuite que si les actes de l’accusé posent un risque indu aux enfants, le moyen de défense *prima facie* est écarté

the activity poses to children, it cannot serve as a defence.

(3) Application to the Case at Bar

[72] On the first branch, the trial judge found as a fact that Mr. Katigbak collected child pornography for his stated purpose of creating an art exhibition. She inquired into the veracity of his evidence and found no reason to reject his testimony. She therefore concluded that he had a legitimate purpose related to art within the meaning of s. 163.1(6)(a).

[73] It is apparent from her reasons that the trial judge concluded as a matter of law that Mr. Katigbak's genuine, subjectively held view that he was collecting child pornography for an artistic exhibition was enough to satisfy the legitimate purpose requirement set out in s. 163.1(6)(a). Based on our interpretation of the phrase "legitimate purpose" set out above, however, it was not enough to inquire into whether Mr. Katigbak's subjective purpose for possessing child pornography was genuine. The trial judge also had to assess whether this purpose was "legitimate" in the sense that there was an objectively verifiable connection between the impugned activities, his stated purpose, and, in this case, the protected activity of art.

[74] In assessing the veracity of Mr. Katigbak's testimony, the trial judge considered his evidence regarding the connection between the impugned activities and his stated purpose and concluded that his "answers were reasonable given his interests in photography and art" (para. 31). She further noted that his answers were "corroborated by the evidence of Ms Tyrell" and by "the existence of notes and sketches prepared during the time period in question" (*ibid.*). The trial judge therefore accepted that Mr. Katigbak "collected the images for the purpose that he has described" (para. 32).

et il ne peut être invoqué. Le but demeure légitime, mais parce que l'activité en cause pose un risque indu pour les enfants, il ne peut servir de moyen de défense.

(3) Application à l'espèce

[72] En ce qui concerne le premier volet, la juge du procès a conclu que M. Katigbak collectionnait de la pornographie juvénile dans le but qu'il avait déclaré, à savoir monter une exposition artistique. Elle a vérifié la véracité de son témoignage et n'a trouvé aucune raison de le rejeter. Elle a donc conclu qu'il poursuivait un but légitime lié aux arts au sens de l'al. 163.1(6)a).

[73] Il ressort clairement des motifs de la juge du procès qu'elle a conclu que, du point de vue juridique, le fait que M. Katigbak considérait sincèrement et subjectivement qu'il collectionnait de la pornographie juvénile en vue de monter une exposition artistique était suffisant pour qu'il soit satisfait à l'exigence relative au but légitime prévue à l'al. 163.1(6)a). Cependant, selon notre interprétation de l'expression « but légitime », que nous avons exposée ci-dessus, il ne suffisait pas de vérifier si le but subjectif dans lequel M. Katigbak avait de la pornographie juvénile en sa possession était sincère. La juge du procès devait également décider si ce but était « légitime » en ce sens qu'il y avait un lien objectivement vérifiable entre les activités reprochées à M. Katigbak, le but qu'il avait dit poursuivre et, en l'espèce, l'activité protégée liée aux arts.

[74] Pour apprécier la véracité du témoignage de M. Katigbak, la juge du procès a pris en considération sa déposition en ce qui concerne le lien entre les activités qui lui étaient reprochées et le but qu'il disait poursuivre, et elle a conclu que ses [TRADUCTION] « réponses étaient raisonnables compte tenu de son intérêt pour la photographie et pour les arts » (par. 31). Elle a également fait remarquer que ses réponses étaient « corroborées par le témoignage de madame Tyrell » et par « l'existence de notes et de croquis faits pendant la période en cause » (*ibid.*). La juge du procès a donc conclu que M. Katigbak « collectionnait les images dans le but qu'il avait déclaré » (par. 32).

[75] There is a logical connection between the inquiry into the reasonableness of Mr. Katigbak's answers in explaining his conduct, and the inquiry into the objective reasonableness of the connection between the impugned actions and the stated purpose. Thus, arguably, had the trial judge conducted the requisite inquiry, she may well have concluded that the objective component of the legitimate purpose branch of the defence was also made out. Nonetheless, the two inquiries are different — the first is subjective and the second is objective. Under the subjective component of the defence, the question is whether the accused has a genuine, good faith reason for possessing child pornography for one of the listed grounds. Under the objective component of the defence, the question is whether a reasonable person, having regard to all the circumstances, would so conclude. For example, it is well established that the reasonable and probable ground test for assessing the legality of a police officer's conduct has both a subjective and an objective component (see, e.g., *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; and *R. v. Morelli*, 2010 SCC 8, [2010] 1 S.C.R. 253). By analogy, a court could well consider that the officer's answers in explaining his conduct were "reasonable" having regard, for example, to his level of experience and conclude on that basis that he genuinely believed that the requisite grounds existed. This conclusion, however, does not answer the question of whether the requisite grounds in fact existed from an objective standpoint.

[76] The relationship between Mr. Katigbak's purpose of creating an art exhibition and the protected activity of "art" is obvious and was never in issue. But the connection between the repeated collection and storing of child pornography over a seven-year span and Mr. Katigbak's stated purpose of creating an art exhibition was highly contentious at trial. In the circumstances, we are not persuaded that the trial judge's findings of fact on credibility can simply be applied to answer the objective component of the legitimate purpose branch of the defence.

[75] Il existe un lien logique entre l'analyse du caractère raisonnable des réponses fournies par M. Katigbak pour expliquer sa conduite et l'analyse du caractère objectivement raisonnable du lien entre les actes reprochés et le but déclaré. On pourrait donc soutenir que si la juge du procès avait fait l'examen nécessaire, elle aurait fort bien pu conclure qu'il avait été satisfait à l'élément objectif du volet du moyen de défense relatif au but légitime. Toutefois, il s'agit de deux analyses distinctes : la première est subjective et la deuxième, objective. En ce qui concerne l'élément subjectif du moyen de défense, la question est de savoir si l'accusé a une raison sincère et de bonne foi d'avoir de la pornographie juvénile en sa possession dans l'un des buts énumérés. En ce qui concerne l'élément objectif, la question est de savoir si une personne raisonnable en viendrait à cette conclusion eu égard à l'ensemble des circonstances. Par exemple, il est bien établi que le critère des motifs raisonnables et probables qui sert à apprécier la légalité de la conduite d'un policier comporte un élément subjectif et un élément objectif (voir, p. ex., *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; et *R. c. Morelli*, 2010 CSC 8, [2010] 1 R.C.S. 253). Par analogie, un tribunal pourrait très bien juger que les réponses données par le policier pour expliquer sa conduite étaient « raisonnables » compte tenu, par exemple, de son niveau d'expérience, et ainsi conclure qu'il croyait sincèrement à l'existence des motifs requis. Toutefois, cette conclusion ne répond pas à la question de savoir si les motifs requis existaient réellement d'un point de vue objectif.

[76] Le lien entre le but de M. Katigbak de monter une exposition artistique et l'activité protégée liée aux « arts » est manifeste et n'a jamais été mis en question. Cependant, le lien entre le fait que M. Katigbak avait accumulé et conservé de la pornographie juvénile sur une période de sept ans et le but qu'il avait dit poursuivre a été une question fort litigieuse au procès. Dans ces circonstances, nous ne sommes pas convaincues qu'il suffit d'appliquer les conclusions de fait tirées par la juge du procès en ce qui concerne la crédibilité de M. Katigbak pour déterminer s'il est satisfait à l'élément objectif du volet du moyen de défense relatif au but légitime.

[77] Given the erroneous legal framework applied at trial, Mr. Katigbak's acquittal cannot stand. However, because the factual underpinnings in relation to this objective component of the legitimate purpose branch of the defence were not fully explored, the appropriate remedy is to order a new trial.

[78] In light of our conclusion that there must be a new trial, we do not find it necessary to comment on the trial judge's findings or her conclusion on the second branch of the defence. We wish to note, however, that the Court of Appeal erred in two respects. First, it erred in its interpretation of the current version of the defence by relying on a community standard of tolerance test to determine if the risk of harm posed was "undue" within the meaning of s. 163.1(6)(b). Blair J.A. stated that "the risk of harm is 'undue' in this context when society would find that risk of harm inappropriate, unjustifiable, excessive or unwarranted in the circumstances of the case" (para. 76 (emphasis added)). As discussed above, the correct approach is to assess whether the accused's activities pose a significant risk of harm to young persons.

[79] The second error of the Court of Appeal was to substitute its own views on the harm posed by Mr. Katigbak for those of the trial judge. Since this was a Crown appeal from acquittal, the Court of Appeal was only permitted to consider errors of law (s. 676(1)(a)). Determining the ways that Mr. Katigbak's conduct posed a risk of harm to young persons and whether the risk of harm was "undue" will be questions to be determined based on the evidence at the new trial.

C. *Validity of the Single Count Information*

[80] Mr. Katigbak submits that the Information that charged him was defective because it charged a single count of the offence for the period between 1999 and 2006, during which the statutory defences were amended. He argues that the Information was

[77] Vu le cadre juridique erroné appliqué au procès, le verdict d'acquittal de M. Katigbak ne saurait être maintenu. Cependant, comme les faits qui sous-tendent cet élément n'ont pas fait l'objet d'un examen complet, il convient d'ordonner la tenue d'un nouveau procès.

[78] Au vu de cette conclusion, nous ne croyons pas qu'il soit nécessaire de commenter les conclusions de la juge du procès, notamment sa conclusion relative au deuxième volet du moyen de défense. Nous faisons toutefois remarquer que la Cour d'appel a commis deux erreurs. Premièrement, elle s'est trompée en interprétant la version actuelle du moyen de défense. En effet, elle a appliqué la norme de la tolérance de la société pour décider si le risque posé était « indu » au sens de l'al. 163.1(6)b). Le juge Blair a affirmé que [TRADUCTION] « le risque est "indu" dans ce contexte à partir du moment où la société estime qu'il est inapproprié, injustifiable, excessif ou injustifié dans les circonstances de l'espèce » (par. 76 (nous soulignons)). Comme nous l'avons déjà dit, l'approche qu'il convient d'adopter consiste à se demander si les activités de l'accusé posent un risque important pour les personnes mineures.

[79] La deuxième erreur de la Cour d'appel a été de substituer sa propre appréciation du risque que pose M. Katigbak à celle de la juge du procès. Comme il s'agissait d'un appel interjeté par le ministère public contre un verdict d'acquittal, la Cour d'appel ne pouvait examiner que les erreurs de droit (al. 676(1)a)). La question de savoir en quoi la conduite de M. Katigbak pose un risque pour les jeunes personnes et celle de savoir si ce risque est « indu » seront tranchées à la lumière de la preuve qui sera présentée au nouveau procès.

C. *Validité d'une dénonciation comportant un seul chef d'accusation*

[80] M. Katigbak soutient que la dénonciation sur la base de laquelle une accusation a été portée contre lui était viciée parce qu'elle ne comportait qu'un seul chef d'accusation pour la période de 1999 à 2006 et que, pendant cette période, les

duplicitous and should be quashed. In the alternative, he argues that he was prejudiced since he was required to meet two sets of statutory defences.

[81] It may be that it would have been preferable to charge Mr. Katigbak separately for the activities in the pre-amendment and post-amendment periods, given that different defences applied in each period. However, in our view, the Crown's decision to lay a single charge is not fatal.

[82] First, we see no merit to Mr. Katigbak's argument that the Information must be quashed because it was duplicitous. As established by s. 590(1)(b) of the *Criminal Code*: "A count is not objectionable by reason only that . . . it is double or multifarious". In *R. v. City of Sault Ste. Marie*, [1978] 2 S.C.R. 1299, Dickson J. (as he then was) established the criteria for finding that an Information is defective because of duplicity, namely: "[D]oes the accused know the case he has to meet, or is he prejudiced in the preparation of his defence by ambiguity in the charge?" (p. 1308). In the case at bar, it was clear to the accused that he had to meet both defences for both periods of the alleged offence. It is also apparent from the trial record that Mr. Katigbak's counsel was aware of this, and conducted the defence accordingly.

[83] Second, Mr. Katigbak was not prejudiced by the single count as he contends, since he would have been required to meet both defences had the Crown charged him with separate counts of the offence.

[84] We would not give effect to this ground of appeal.

moyens de défense que la loi lui permettait d'invoquer ont été modifiés. Il soutient que la dénonciation était double et qu'elle devrait donc être annulée. À titre subsidiaire, il affirme avoir subi un préjudice parce qu'il devait satisfaire aux exigences de deux moyens de défense.

[81] Il aurait peut-être été préférable de porter des accusations distinctes contre M. Katigbak relativement à ses activités précédant les modifications de 2005, d'une part, et à ses activités postérieures à celles-ci, d'autre part, étant donné que les moyens de défense qu'il pouvait invoquer dans l'un et l'autre cas n'étaient pas les mêmes. Cependant, à notre avis, la décision du ministère public de ne porter qu'une seule accusation contre lui ne vicie pas irrémédiablement l'acte d'accusation.

[82] Premièrement, l'argument de M. Katigbak selon lequel il convient d'annuler la dénonciation parce qu'elle était double nous semble dénué de fondement. En effet, comme le prévoit l'al. 590(1)b) du *Code criminel*, « [u]n chef d'accusation n'est pas inadmissible du seul fait [qu']il est double ou multiple ». Dans *R. c. Ville de Sault Ste-Marie*, [1978] 2 R.C.S. 1299, le juge Dickson (plus tard Juge en chef) a établi en ces termes le critère permettant de déterminer si une dénonciation est viciée par une accusation double ou multiple : « l'accusé sait-il de quoi il est accusé ou l'ambiguïté de l'accusation nuit-elle à la préparation de sa défense? » (p. 1308). En l'espèce, il était clair pour l'accusé qu'il devait satisfaire aux exigences de deux moyens de défense relativement aux deux périodes durant lesquelles il aurait commis l'infraction qui lui est reprochée. Il ressort également du dossier du procès que l'avocat de M. Katigbak était au fait de cette situation et qu'il a présenté la défense en conséquence.

[83] Deuxièmement, contrairement à ce qu'il prétend, M. Katigbak n'a subi aucun préjudice du fait qu'un seul chef d'accusation a été porté contre lui puisqu'il lui aurait fallu satisfaire aux exigences de deux moyens de défense si le ministère public avait décidé de déposer un chef d'accusation pour chaque période en cause.

[84] Nous sommes d'avis de rejeter ce moyen d'appel.

VII. Disposition

[85] For the foregoing reasons, Mr. Katigbak's acquittal at trial cannot stand, and neither can his conviction on appeal. We would therefore allow the appeal, and order a new trial in light of the appropriate legal framework. We add the obvious — the trial judge on the new trial is not bound by the factual conclusions of the trial judge or the Court of Appeal in these proceedings, and must consider the matter anew.

The reasons of LeBel and Fish JJ. were delivered by

[86] **LEBEL J.** — I have read the joint reasons of the Chief Justice and Charron J. I agree with the disposition they propose. But I respectfully disagree with their opinion regarding the meaning of the expression “undue risk of harm” in s. 163.1(6)(b) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46. They suggest that *any* risk of harm — including the risk inherent in any act of possession of child pornography — is undue within the meaning of the provision. On this view, even if the impugned activity had a legitimate purpose, the offence of possession of child pornography would be completely made out without proof of a specific and identifiable risk of harm in the circumstances of the particular case.

[87] In my opinion, the Canadian Civil Liberties Association (“CCLA”) raises a valid point in its factum about the interpretation of the concept of undue risk for the purposes of s. 163.1(6)(b). As it argues, the effect of holding that the generic harms associated with the possession of child pornography amount to undue risk would be to practically eliminate a defence that Parliament decided to leave open to the accused where the purpose of the possession is related to the administration of justice, science, medicine, education or art.

VII. Dispositif

[85] Pour les motifs qui précèdent, le verdict d'acquiescement de M. Katigbak ne saurait être maintenu, non plus que la déclaration de culpabilité prononcée contre lui en appel. Nous sommes donc d'avis d'accueillir le pourvoi et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès qui respectera le cadre juridique approprié. Il va sans dire — mais nous tenons néanmoins à le préciser — que le juge qui présidera le nouveau procès n'est aucunement lié par les conclusions de fait de la juge de première instance ou par celles de la Cour d'appel, et qu'il devra procéder à un nouvel examen de l'affaire.

Version française des motifs des juges LeBel et Fish rendus par

[86] **LE JUGE LEBEL** — J'ai lu les motifs conjoints de la Juge en chef et de la juge Charron. Je suis d'accord avec le dispositif qu'elles proposent. Toutefois, avec égards, je ne souscris pas à leur opinion sur la signification des mots « risque indu » à l'al. 163.1(6)b) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46. Elles donnent à penser que *tout* risque de préjudice — y compris le risque inhérent à toute possession de pornographie juvénile — est indu au sens de la disposition. Selon cette opinion, même dans le cas où l'activité contestée viserait un but légitime, l'infraction de possession de pornographie juvénile serait entièrement établie sans aucune preuve de l'existence d'un risque de préjudice précis et discernable dans les circonstances de l'espèce.

[87] À mon avis, l'Association canadienne des libertés civiles (« ACLC ») soulève un point valable dans son mémoire au sujet de l'interprétation du concept de risque indu pour les fins de l'al. 163.1(6)b). Selon son argument, conclure que le préjudice associé ordinairement à la possession de matériel pornographique juvénile constitue un risque indu aurait pour effet d'éliminer à toutes fins pratiques un moyen de défense que le législateur a décidé de laisser à la disposition de l'accusé dans les cas où celui-ci a le matériel en sa possession dans un but lié à l'administration de la justice, à la science, à la médecine, à l'éducation ou aux arts.

[88] My colleagues' interpretation means that even if an accused were to raise a reasonable doubt about his or her purpose at the first stage of the analysis, the defence would inevitably fail. For all practical purposes, at the second stage of the analysis, the presence of the generic harms associated with the possession of child pornography would suffice to establish an undue risk to children.

[89] It is true that the s. 163.1(6) defence of legitimate purpose is common to all the child pornography offences listed in s. 163.1, including those of making and distributing of such material. Nevertheless, this does not mean that the social interests at stake are the same and that the importance of the public interest is identical in respect of all these offences. Indeed, Parliament has not attached the same penalties to them. The nature and scope of the defence must be consistent with the nature of the crime itself. The making and the distribution of child pornography entail a higher risk to the public and to children. The harms inherent in such offences are necessarily more serious and they always imply a relationship with third parties, that is, parties other than the victims themselves. This factor may restrict the ambit of the defence of legitimate purpose in such cases. Although I would not downplay the seriousness of the offence of possession of child pornography given that the activities of making and distribution often flow from or result in possession, it is not of equal seriousness or consequence. Possession does not have the same impact on others as the making or distribution of child pornography. After all, it is an offence that may, like that of accessing child pornography, be committed in private, in one's home, without any contact with others (s. 163.1(4.1)).

[90] In such circumstances, as the CCLA argues, the harm to be proven to establish an undue risk must be greater than the generic harms. A court

[88] Selon l'interprétation proposée par mes collègues, même si l'accusé soulevait, à la première étape de l'analyse, un doute raisonnable quant au but qu'il visait, le moyen de défense serait invariablement voué à l'échec. À la deuxième étape de l'analyse, le préjudice associé ordinairement à la possession de pornographie juvénile suffirait, à toutes fins utiles, à établir l'existence d'un risque indu pour les enfants.

[89] Il est vrai que le moyen de défense fondé sur le but légitime, prévu au par. 163.1(6), peut être invoqué relativement à toutes les infractions de pornographie juvénile énumérées à l'art. 163.1, y compris la production et la distribution de matériel pornographique juvénile. Cependant, cela ne signifie pas pour autant que les intérêts sociaux en jeu sont les mêmes et que l'importance de l'intérêt public est identique dans tous les cas. En effet, le législateur n'a pas prévu les mêmes peines pour punir l'ensemble de ces infractions. La nature et la portée du moyen de défense doivent être conformes à la nature du crime lui-même. Or, la production et la distribution de matériel pornographique juvénile supposent un risque plus élevé pour le public, notamment les enfants. Les risques inhérents à de telles infractions sont nécessairement plus importants, et ils supposent toujours une relation avec des tiers, à savoir des parties autres que les victimes elles-mêmes. Ce facteur peut limiter la portée du moyen de défense fondé sur le but légitime dans de tels cas. Je ne veux certes pas minimiser la gravité de l'infraction de possession de pornographie juvénile, mais comme il arrive souvent que la production et la distribution découlent de la possession ou encore donnent lieu à celle-ci, j'estime qu'elle n'a pas la même gravité ou la même importance. La possession n'a pas la même incidence sur d'autres personnes, contrairement à la production ou la distribution. Après tout, il s'agit d'une infraction qui, comme le fait d'accéder à de la pornographie juvénile, peut être commise en toute intimité, à la maison, sans contact avec qui que ce soit (par. 163.1(4.1)).

[90] Dans de telles circonstances, il faut, comme l'ACLC le prétend, que le préjudice à prouver pour établir l'existence d'un risque indu soit plus grave

must find facts and circumstances that create an undue risk in the context of the case before it, such as a lack of security and ease of access to the material by others. Otherwise, although my colleagues argue that the defence could still be made out in some cases, I wonder how and when. From a practical standpoint, their interpretation forecloses that possibility.

[91] Subject to these comments, I agree that a new trial should be held in which this Court's interpretation of the *Criminal Code* is applied. The acquittal entered at the first trial and the conviction entered by the Court of Appeal (2010 ONCA 411, 263 O.A.C. 301) were unwarranted.

Appeal allowed.

Solicitor for the appellant: David E. Harris, Toronto.

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

Solicitors for the interveners: Borden Ladner Gervais, Toronto.

que celui que l'on associe ordinairement à la possession de pornographie juvénile. Les tribunaux doivent conclure à l'existence de faits et de circonstances qui créent un risque indu dans le contexte de l'affaire dont ils sont saisis, telles l'absence de sécurité et la facilité d'accès au matériel par des tiers. Autrement, bien que mes collègues soutiennent qu'on puisse toujours invoquer avec succès le moyen de défense dans certains cas, je me demande bien comment et dans quelles circonstances on pourrait le faire. D'un point de vue pratique, leur interprétation écarte cette possibilité.

[91] Sous réserve de ces commentaires, je suis d'accord qu'il faut ordonner la tenue d'un nouveau procès qui appliquera l'interprétation que fait notre Cour du *Code criminel*. L'acquiescement prononcé par le tribunal de première instance et la déclaration de culpabilité prononcée par la Cour d'appel (2010 ONCA 411, 263 O.A.C. 301) n'étaient pas justifiés.

Pourvoi accueilli.

Procureur de l'appellant: David E. Harris, Toronto.

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

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

Mark Whyte *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. WHYTE

2011 SCC 49

File No.: 33965.

2011: October 20.

Present: Deschamps, Fish, Abella, Rothstein and Cromwell JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Constitutional law — Charter of Rights — Enforcement — Exclusion of evidence — Conduct of police not constituting violation of ss. 8 and 9 of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Evidence obtained pursuant to arrest and search improperly excluded at trial.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Rosenberg, Cronk and Epstein JJ.A.), 2011 ONCA 24, 272 O.A.C. 317, 266 C.C.C. (3d) 5, 225 C.R.R. (2d) 223, [2011] O.J. No. 126 (QL), 2011 CarswellOnt 124, setting aside the acquittal entered by Ricchetti J., 2010 ONSC 979, 214 C.R.R. (2d) 71, [2010] O.J. No. 1295 (QL), 2010 CarswellOnt 1917, and entering a conviction. Appeal dismissed.

Reid Rusonik and Nathan Gorham, for the appellant.

Jennifer M. Woollcombe, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

[1] DESCHAMPS J. — We are of the view that the Court of Appeal did not err in finding that, as a matter of law,

[s]ince the police had reasonable grounds, subjective and objective, to believe that the occupants of the vehicle were in possession of illegal firearms, the arrest of

Mark Whyte *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ : R. c. WHYTE

2011 CSC 49

N^o du greffe : 33965.

2011: 20 octobre.

Présents : Les juges Deschamps, Fish, Abella, Rothstein et Cromwell.

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

Droit constitutionnel — Charte des droits — Réparation — Exclusion d'éléments de preuve — Articles 8 et 9 de la Charte canadienne des droits et libertés non violés par la conduite des policiers — Éléments de preuve obtenus à la suite d'une arrestation et d'une fouille exclus à tort au procès.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (les juges Rosenberg, Cronk et Epstein), 2011 ONCA 24, 272 O.A.C. 317, 266 C.C.C. (3d) 5, 225 C.R.R. (2d) 223, [2011] O.J. No. 126 (QL), 2011 CarswellOnt 124, qui a annulé l'acquittement prononcé par le juge Ricchetti, 2010 ONSC 979, 214 C.R.R. (2d) 71, [2010] O.J. No. 1295 (QL), 2010 CarswellOnt 1917, et consigné un verdict de culpabilité. Pourvoi rejeté.

Reid Rusonik et Nathan Gorham, pour l'appellant.

Jennifer M. Woollcombe, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

[1] LA JUGE DESCHAMPS — Nous sommes d'avis que la Cour d'appel n'a pas commis d'erreur en concluant que, comme question de droit,

[TRADUCTION] [p]uisque la police avait des motifs, subjectifs et objectifs, raisonnables de croire que les occupants du véhicule étaient en possession d'armes à

the occupants of the vehicle and search as an incident of the arrest were lawful. There was no violation of the respondent's rights under ss. 8 and 9 of the *Charter* and the evidence should not have been excluded.

(2011 ONCA 24, 266 C.C.C. (3d) 5, at para. 32)

[2] The appeal is therefore dismissed.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellant: Rusonik, O'Connor, Robbins, Ross, Gorham & Angelini, Toronto.

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

feu prohibées, leur arrestation et la fouille accessoire à cette dernière étaient légales. Les droits des intimés protégés par les art. 8 et 9 de la *Charte* n'ont pas été violés et les éléments de preuve n'auraient pas dû être exclus.

(2011 ONCA 24, 266 C.C.C. (3d) 5, par. 32)

[2] L'appel est donc rejeté.

Jugement en conséquence.

Procureurs de l'appelant : Rusonik, O'Connor, Robbins, Ross, Gorham & Angelini, Toronto.

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

Franklin Shane Dorfer *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. DORFER

2011 SCC 50

File No.: 33952.

2011: October 21.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA

Criminal law — Charge to jury — Use of criminal record of third party suspect — Trial judge erring in his instruction about the limited use of third party suspect's criminal record but error did not occasion substantial wrong or miscarriage of justice — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 686(1)(b)(iii).

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 686(1)(b)(iii).

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Prowse, Lowry and Frankel J.J.A.), 2010 BCCA 440, 293 B.C.A.C. 300, 496 W.A.C. 300, 262 C.C.C. (3d) 59, 80 C.R. (6th) 169, [2010] B.C.J. No. 1984 (QL), 2010 CarswellBC 2730, affirming the accused's convictions for breaking and entering and sexual assault. Appeal dismissed, LeBel and Fish JJ. dissenting.

Timothy J. Russell, for the appellant.

M. Joyce DeWitt-Van Oosten, Q.C., for the respondent.

The judgment of McLachlin C.J. and Rothstein and Cromwell JJ. was delivered orally by

[1] THE CHIEF JUSTICE — The majority of the Court would dismiss the appeal, LeBel and Fish JJ.

Franklin Shane Dorfer *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ : R. c. DORFER

2011 CSC 50

N° du greffe : 33952.

2011 : 21 octobre.

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

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

Droit criminel — Exposé au jury — Utilisation du dossier criminel d'un tiers suspect — Formulation par le juge du procès de directives erronées quant à l'utilisation limitée pouvant être faite du dossier criminel d'un tiers suspect mais qui n'ont entraîné aucun tort important ni aucune erreur judiciaire grave — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 686(1)(b)(iii).

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 686(1)(b)(iii).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (les juges Prowse, Lowry et Frankel), 2010 BCCA 440, 293 B.C.A.C. 300, 496 W.A.C. 300, 262 C.C.C. (3d) 59, 80 C.R. (6th) 169, [2010] B.C.J. No. 1984 (QL), 2010 CarswellBC 2730, qui a confirmé les déclarations de culpabilité prononcées contre l'accusé pour entrée par effraction et agression sexuelle. Pourvoi rejeté, les juges LeBel et Fish sont dissidents.

Timothy J. Russell, pour l'appellant.

M. Joyce DeWitt-Van Oosten, c.r., pour l'intimée.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Rothstein et Cromwell rendu oralement par

[1] LA JUGE EN CHEF — Une majorité de juges de la Cour sont d'avis de rejeter l'appel, les juges

dissenting. While we are persuaded that the presiding judge erred in law in his instruction about the limited use of Mr. Babcock's criminal record, we are of the view that this error did not occasion any substantial wrong or miscarriage of justice, given the fact that propensity reasoning relative to Mr. Babcock's record was never placed before the jury either implicitly through the examination of witnesses or explicitly through the submissions to the jury, and given the absence of any evidentiary foundation to support a propensity instruction with respect to Mr. Babcock's record.

The reasons of LeBel and Fish JJ. were delivered orally by

[2] **LEBEL J.** (dissenting) — With respect, I agree with Prowse J.A., dissenting, that the trial judge erred in law in instructing the jury on the use of the criminal record of a third party suspect. More particularly, the judge misdirected the jury in saying that such evidence could be used only to test the credibility of the third party. In my opinion, this error of law cannot be cured by the application of s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46. The evidence against the accused was not overwhelming. The error of law was clear and significant. In the context of this trial, it could not be considered to be harmless. For these reasons, I would allow the appeal, quash the conviction and order a new trial on the same charges.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellant: McCullough Blazina Dieno & Gustafson, Victoria.

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

LeBel et Fish sont dissidents. Bien que nous soyons convaincus que le juge du procès a commis une erreur de droit dans ses directives quant à l'utilisation limitée qui pouvait être faite du dossier criminel de M. Babcock, nous sommes d'avis que cette erreur n'a pas occasionné de tort important ou d'erreur judiciaire grave, d'une part, parce que le raisonnement fondé sur la propension quant au dossier de M. Babcock n'a jamais été soumis au jury que ce soit implicitement par l'interrogatoire des témoins ou explicitement dans l'exposé au jury et, d'autre part, en raison de l'absence d'éléments de preuve appuyant une directive sur la propension quant au dossier de M. Babcock.

Version française des motifs des juges LeBel et Fish rendus oralement par

[2] **LE JUGE LEBEL** (dissident) — Avec égards pour l'opinion contraire, je souscris à l'opinion dissidente de la juge Prowse de la Cour d'appel selon laquelle le juge du procès a commis une erreur de droit en donnant des directives au jury quant à l'utilisation du dossier criminel d'un tiers suspect. Plus particulièrement, le juge a donné des directives erronées au jury lorsqu'il a affirmé qu'un tel élément de preuve pouvait être utilisé uniquement pour mettre à l'épreuve la crédibilité d'un tiers. À mon avis, il ne peut être remédié à cette erreur de droit par application du sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46. La preuve contre l'accusé n'était pas accablante. L'erreur de droit était manifeste et importante. Dans le contexte du procès en question, elle ne saurait être qualifiée d'erreur sans conséquence. Pour ces motifs, je suis d'avis d'accueillir l'appel, d'annuler la déclaration de culpabilité et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès relativement aux mêmes chefs d'accusations.

Jugement en conséquence.

Procureurs de l'appelant : McCullough Blazina Dieno & Gustafson, Victoria.

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

Ross Barros *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

Director of Public Prosecutions, Attorney General of Ontario, Canadian Association of Chiefs of Police, Canadian Crime Stoppers Association, Canadian Civil Liberties Association and Criminal Lawyers' Association of Ontario *Interveners*

INDEXED AS: R. v. BARROS

2011 SCC 51

File No.: 33727.

2011: January 25; 2011: October 26.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

Criminal law — Informer privilege — Private investigator hired by defence to identify confidential police informant — Investigator allegedly attempting to obtain stay of charges by identifying informant — Whether investigator bound by informer privilege.

Criminal law — Appeals — Powers of court of appeal — Private investigator hired by defence to identify confidential police informant — Investigator allegedly attempting to obtain stay of charges by identifying informant — Investigator charged with one count of obstructing justice and two counts of extortion — Court of appeal overturning acquittals and ordering new trial — Whether trial judge committed errors of law allowing appellate review of acquittals — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 676(1)(a).

B was a former police officer working as a private investigator. He was hired by the lawyer for Q, who had been charged with several drug offences based on

Ross Barros *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

Directeur des poursuites pénales, procureur général de l'Ontario, Association canadienne des chefs de police, Association canadienne d'échec au crime, Association canadienne des libertés civiles et Criminal Lawyers' Association of Ontario *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : R. c. BARROS

2011 CSC 51

N^o du greffe : 33727.

2011 : 25 janvier; 2011 : 26 octobre.

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

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

Droit criminel — Privilège de l'indicateur — Détective privé embauché par la défense pour identifier un indicateur confidentiel de la police — Le détective privé aurait tenté d'obtenir la suspension des accusations en découvrant l'identité de l'indicateur — Le détective privé était-il lié par le privilège de l'indicateur?

Droit criminel — Appels — Pouvoirs de la cour d'appel — Détective privé embauché par la défense pour identifier un indicateur confidentiel de la police — Le détective privé aurait tenté d'obtenir la suspension des accusations en découvrant l'identité de l'indicateur — Détective privé accusé d'un chef d'entrave à la justice et de deux chefs d'extorsion — Acquittements annulés et nouveau procès ordonné par la Cour d'appel — La juge du procès a-t-elle commis des erreurs de droit donnant ouverture au contrôle des acquittements en appel? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 676(1)a).

B était un ancien agent de police qui travaillait comme détective privé. Il a été embauché par le procureur de Q, inculpé de plusieurs infractions en matière

information from a confidential police informant. To discover the identity of the informant, B met with several of Q's associates and requested their phone records and other information. He then met with the police officer in charge of Q's case and told the officer he knew who the informant was. B was later charged with one count of obstruction of justice and two counts of extortion. The judge directed a verdict of acquittal on the obstruction charge (Count 1), finding B was entitled to take any investigative steps to discover the informant's identity. The judge acquitted B of extortion with respect to the conversation with the police officer (Count 2), because the Crown had not established that B had the objective of ending the criminal proceedings against Q when he spoke to the officer. She also found no legal threat had been made and that the Crown had failed to negate justification or excuse for B's conduct. With respect to the extortion committed against Q's associates, the judge found the Crown proved neither a threat nor the intention required for extortion and acquitted B on Count 3. The Crown appealed the directed verdict and the acquittals. A majority of the Court of Appeal allowed the appeal and ordered a new trial on all three counts.

Held (Fish and Cromwell JJ. dissenting in part): The appeal should be allowed in part.

Per McLachlin C.J. and Binnie, LeBel, Deschamps, Abella, Charron and Rothstein JJ.: The duty to protect and enforce informer privilege rests on the police, the Crown, and the courts. The latter must not disclose any information that would tend to reveal an informer's identity. However, the defence, including in this case B, is not bound by any such duty in undertaking its own investigation independently of the courts and the prosecution. The defence is entitled to do what it can to identify the informant and otherwise make full answer and defence, provided that the methods used are lawful. The right to make full answer and defence is fundamental to criminal justice and is protected by s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. However, not all attempts to identify an informant will be linked to that right. It will depend on the circumstances. Some defence enquiries may amount to an obstruction of justice, or extortion, depending on the manner in which the enquiries are carried out and their intended purpose, and the other circumstances of the case.

de stupéfiants sur la foi de renseignements fournis par un indicateur confidentiel de la police. Pour découvrir l'identité de l'indicateur, B a rencontré plusieurs associés de Q et leur a demandé leurs relevés d'appel et d'autres renseignements. Il a ensuite rencontré l'agent de police responsable du dossier de Q et lui a dit qu'il connaissait l'identité de l'indicateur. B a plus tard été accusé d'un chef d'entrave à la justice et de deux chefs d'extorsion. La juge du procès a imposé un verdict d'acquiescement quant à l'accusation d'entrave à la justice (premier chef), estimant que B avait le droit de mener une enquête en vue de découvrir l'identité de l'indicateur. La juge du procès a acquitté B de l'infraction d'extorsion en ce qui concerne la conversation qu'il avait eue avec l'agent de police (deuxième chef) parce que le ministère public n'avait pas établi que B voulait mettre fin aux poursuites criminelles intentées contre Q lorsqu'il s'est entretenu avec l'agent de police. Elle a aussi conclu que, du point de vue juridique, aucune menace n'avait été proférée, et que le ministère public n'était pas parvenu à réfuter l'existence d'une justification ou d'une excuse expliquant les actes de B. Quant à l'extorsion contre les associés de Q, la juge du procès a conclu que le ministère public n'avait prouvé ni une menace, ni l'intention requise pour l'extorsion et elle a acquitté B du troisième chef. Le ministère public a interjeté appel du verdict imposé et des acquiescements. La majorité de la Cour d'appel a accueilli l'appel et ordonné la tenue d'un nouveau procès relativement aux trois chefs d'accusation.

Arrêt (les juges Fish et Cromwell sont dissidents en partie) : Le pourvoi est accueilli en partie.

La juge en chef McLachlin et les juges Binnie, LeBel, Deschamps, Abella, Charron et Rothstein : C'est à la police, au ministère public et aux tribunaux qu'il incombe de protéger et d'appliquer le privilège relatif aux indicateurs de police. Les tribunaux ne doivent pas divulguer de renseignements tendant à révéler l'identité d'un indicateur. La défense, notamment, en l'espèce, B, n'est cependant pas liée par une telle obligation alors qu'elle mène sa propre enquête indépendamment des tribunaux et de la poursuite. La défense a le droit de faire ce qu'elle peut pour identifier l'indicateur et présenter par ailleurs une défense pleine et entière, pourvu que les méthodes qu'elle utilise soient licites. Le droit de présenter une défense pleine et entière est fondamental en justice pénale et est garanti par l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Or, l'ensemble des tentatives d'identification d'un indicateur ne sont pas toutes visées par ce droit. Cela dépendra des circonstances. Certaines enquêtes faites par la défense peuvent équivaloir à une entrave à la justice ou à de l'extorsion selon la manière dont elles sont effectuées, l'objectif qu'elles visent et les autres circonstances de l'affaire.

In this case, the gist of the obstruction of justice charge (Count 1) is not just that B sought the name of the police informer, but that he did so to force the charges against Q to be dropped. This, if established, was not information gathering for a lawful purpose. Section 139 of the *Criminal Code* describes a crime that is complete upon proof of an attempt without the necessity of success or actual completion. The offence is framed broadly. The necessary limit is found in the obligation of the Crown to prove the mental element. A directed verdict is not available if there is any admissible evidence, which, if believed, would justify a conviction. In this case, there was evidence against B that, if believed, would establish intent to obstruct justice. To direct a verdict of acquittal was an error of law justifying a new trial.

As to the extortion charge (Count 2), the trial judge erred in concluding that the indirect suggestions and veiled references by B were not capable, as a matter of law, of satisfying the threats element of extortion. A veiled reference may constitute a threat if it is sufficient, in light of all the circumstances, to convey to the victim the consequences which he or she fears or would prefer to avoid. In this case, the question is what would a reasonable person in the position of the police officer understand? The officer testified that he understood well enough that the threat was to his source. The trial judge erred in her legal analysis of what conduct could qualify as a threat for the purpose of the extortion charge. Having erred in her legal analysis, the trial judge's consequential and dependent finding of B's lack of the requisite intent cannot stand and the Crown is entitled to a new trial on this count.

As to any reasonable justification or excuse, the trial judge accepted at face value B's explanation that he was trying to be helpful to the police rather than threatening. However, the trial judge should have considered B's conduct in its entirety, including the gathering of the information in the first place, and delved below the surface of the exchanges between the accused and the police, particularly where, as here, the protagonists spring from the same occupational background. Much that is understood between them need not be stated explicitly.

En l'espèce, l'accusation d'entrave à la justice (premier chef) repose non seulement sur le fait que B a tenté de découvrir le nom de l'indicateur de police, mais également sur le fait qu'il a agi dans le but de forcer le retrait des accusations portées contre Q. Si le bien-fondé de cette allégation est établi, alors la cueillette de renseignements ne visait pas un objectif légitime. Le crime prévu à l'art. 139 du *Code criminel* est considéré comme ayant été commis lorsqu'il est établi que l'accusé a tenté d'accomplir l'un ou l'autre des actes qui y sont décrits, et ce sans qu'il soit nécessaire de démontrer qu'il a atteint son objectif ou qu'il est parvenu à commettre l'acte en question. L'infraction est définie de façon large. La limite qu'il convient d'y imposer se trouve dans l'obligation du ministère public de prouver l'élément mental. Le juge ne peut imposer un verdict s'il existe un quelconque élément de preuve admissible qui, s'il était accepté, justifierait une déclaration de culpabilité. Il existe en l'espèce des preuves contre B qui, si on leur ajoutait foi, établiraient l'intention d'entraver la justice. L'imposition d'un verdict d'acquiescement constituait une erreur de droit justifiant la tenue d'un nouveau procès.

Quant à l'accusation d'extorsion (deuxième chef), la juge du procès a conclu à tort que les insinuations indirectes et les allusions voilées de B ne pouvaient, en droit, satisfaire à l'élément de l'extorsion qui se rapporte aux menaces. Une allusion voilée peut constituer une menace si, compte tenu de l'ensemble des circonstances, elle suffit à informer la victime des conséquences qu'elle redoute ou préférerait éviter. La question qui se pose en l'espèce est de savoir ce que comprendrait la personne raisonnable se trouvant dans la situation de l'agent de police. Ce dernier a témoigné avoir bien compris que la menace visait sa source. La juge du procès a commis une erreur dans son analyse juridique du comportement susceptible de constituer une menace permettant d'établir que l'infraction d'extorsion a été commise. Vu cette erreur, on ne saurait maintenir la conclusion qu'elle en a forcément tirée, à savoir que B n'avait pas l'intention requise, et le ministère public a droit à un nouveau procès relativement à ce chef d'accusation.

En ce qui concerne l'existence d'une justification ou d'une excuse raisonnable quelconque, la juge du procès a ajouté foi à l'explication de B selon laquelle il tentait d'aider la police plutôt que de lui faire des menaces. La juge du procès aurait toutefois dû examiner le comportement de B dans son ensemble, notamment la cueillette initiale de renseignements, et examiner en détail les échanges entre l'accusé et la police, à plus forte raison parce qu'en l'espèce les protagonistes avaient les mêmes antécédents professionnels. En effet, une bonne part de ce sur quoi ils s'entendaient n'avait pas à être énoncée explicitement.

As to the last count of extortion, however, the legal errors that tainted the trial judge's analysis had no bearing on her reasons for acquittal. Count 3 relates to B's dealings with Q's associates. It was rejected on the facts by the trial judge, who found the Crown's key witness (an associate) to be unreliable. The only other evidence on that count came from statements given by B to the police which were largely self-exculpatory. The trial judge thus rejected the existence of any factual foundation to which her admittedly erroneous legal test could be applied. It would be a serious matter to deprive an accused of the benefit of an acquittal where, as here, the Crown is found to have led no credible evidence to support a conviction beyond a reasonable doubt. The Crown presumably put forward the case it had on Count 3 at the trial. The Crown is not entitled to a retrial based on a trial judge's flawed legal analysis that had no impact on the outcome of the case. The verdict of the acquittal rendered by the trial judge on Count 3 should stand.

Per Fish J. (dissenting in part): A new trial should be ordered on Count 1 and an acquittal entered on Count 3.

As to Count 2, no new trial should be ordered. The trial judge committed no error of law in acquitting B on that count. She expressly directed herself in accordance with the Ontario pattern jury instructions, noting that she was required, as a jury would be, to consider B's entire course of conduct. In considering whether B had a reasonable justification or excuse for his conduct, the trial judge recognized the need to assess the reasonableness of his conduct in the circumstances, as required by the pattern instructions, and stated that she had indeed reviewed all of the circumstances. She did not ignore any significant circumstance in applying the law to the facts as she found them. Nor did the trial judge misdirect herself as to whether B's conduct was capable in law of constituting a threat. Nowhere in her reasons did she indicate that, as a matter of law, explicit threats or demands were an essential element of extortion. In fact, she explicitly directed herself to the contrary. Moreover, in denying the motion for a directed verdict on Count 2, the trial judge concluded that there was some evidence on every element of the offence. Thus, the trial judge, applying the proper test for a directed verdict, did recognize that B's conduct could constitute a threat as a matter of law. At the conclusion of the trial, she was simply not satisfied as a matter of fact, that the evidence established beyond a reasonable

Quant au dernier chef d'extorsion, cependant, les erreurs juridiques qui ont entaché l'analyse de la juge du procès n'ont eu aucune incidence sur les motifs d'acquiescement qu'elle a exposés. Le troisième chef a trait aux échanges entre B et les associés de Q. Il a été rejeté au vu des faits par la juge du procès, qui a conclu que le témoin clé du ministère public (un associé) n'était pas fiable. Le seul autre élément de preuve relatif à ce chef provenait de déclarations que B avait faites à la police, qui étaient en grande partie disculpatoires. La juge du procès a donc rejeté l'existence de tout fondement factuel auquel son critère juridique, certes erroné, aurait pu s'appliquer. Ce serait commettre une erreur grave que de priver l'accusé d'un acquiescement dans un cas où, comme celui qui nous occupe, il a été conclu que le ministère public n'avait présenté aucune preuve crédible étayant hors de tout doute raisonnable une déclaration de culpabilité. Le ministère public a vraisemblablement présenté la preuve dont il disposait relativement au troisième chef lors du procès. Or, il n'a pas droit à un nouveau procès au motif que l'analyse juridique de la juge du procès — qui n'a eu aucune incidence sur l'issue du procès — était erronée. Il y a lieu de confirmer le verdict d'acquiescement rendu par la juge du procès relativement au troisième chef.

Le juge Fish (dissident en partie) : Il y a lieu d'ordonner la tenue d'un nouveau procès quant au premier chef et d'inscrire un acquiescement à l'égard du troisième chef.

Il n'y a pas lieu d'ordonner la tenue d'un nouveau procès quant au deuxième chef. La juge du procès n'a commis aucune erreur de droit en acquittant B relativement à ce chef. Elle s'est explicitement conformée au modèle ontarien d'instructions au jury, soulignant qu'il lui incombait, tout comme à un jury, de prendre en compte l'ensemble du comportement de B. En se demandant si B avait une justification ou une excuse raisonnable pour expliquer ses actes, la juge du procès a reconnu la nécessité d'examiner le caractère raisonnable des actes posés par B au vu des circonstances, conformément au modèle d'instructions qu'elle suivait, et mentionné qu'elle avait effectivement apprécié l'ensemble des circonstances. Elle n'a pas fait abstraction d'une quelconque circonstance importante en appliquant le droit aux faits qu'elle a constatés. Elle ne s'est pas non plus méprise sur la question de savoir si les actes de B pouvaient, en droit, constituer une menace. La juge du procès n'a nulle part dans ses motifs indiqué qu'en droit des menaces ou des exigences explicites constituaient un élément essentiel de l'extorsion. En fait, elle a explicitement agi dans le sens contraire. De plus, la juge du procès a conclu, en rejetant la requête visant à obtenir un verdict imposé relativement au deuxième chef, qu'il y avait certaines preuves relativement à chaque élément de l'infraction. Par conséquent, la juge du procès a bel et bien reconnu, en appliquant le

doubt that B had threatened to reveal the identity of the informant.

Per Cromwell J. (dissenting in part): The reasons of Binnie J. with respect to Counts 1 and 2 are agreed with. As to Count 3, a new trial should be ordered as well. In reaching her decision on this count, the trial judge considered that insofar as the Crown had failed to call certain named and unnamed alleged victims as witnesses at trial, it could not prove that they had been victims of extortion. The only evidence to consider, in her view, was therefore that given by K. Finding K's evidence to be mostly unreliable, she acquitted B on Count 3.

It is true that K was the only one of the persons named in the count to testify at trial. However, to succeed on this count, the Crown did not have to prove that B had threatened K. Nor did it have to prove that K felt threatened by B's conduct. The Crown's burden was to present evidence, whether from the alleged victims or not, which satisfied each element of the offence.

Even without K's evidence, there was evidence which was capable in law of proving each element of the offence. Of course, whether the evidence did so is for a trier of fact, not an appellate court, to determine. However, the trial judge's legal error coupled with her failure to turn her mind to these elements had a material bearing on her decision to acquit. That being the case, the correct disposition of this portion of the appeal is to direct a new trial, not reinstate the acquittal.

Cases Cited

By Binnie J.

Referred to: *The Trial of Thomas Hardy for High Treason* (1794), 24 St. Tr. 199; *Marks v. Beyfus* (1890), 25 Q.B.D. 494; *R. v. Leipert*, [1997] 1 S.C.R. 281; *R. v. Basi*, 2009 SCC 52, [2009] 3 S.C.R. 389; *Bisaillon v. Keable*, [1983] 2 S.C.R. 60; *R. v. Hunter* (1987), 57 C.R. (3d) 1; *R. v. Scott*, [1990] 3 S.C.R. 979; *Named Person*

critère approprié en matière de verdict imposé, que les actes de B pouvaient, en droit, constituer une menace. À l'issue du procès, elle n'était tout simplement pas convaincue qu'en fait la preuve établissait hors de tout doute raisonnable que B avait menacé de révéler l'identité de l'indicateur.

Le juge Cromwell (dissident en partie) : Je souscris aux motifs du juge Binnie concernant les premier et deuxième chefs. Pour ce qui est du troisième chef, il y a lieu d'ordonner la tenue d'un nouveau procès. En parvenant à sa décision relativement à ce chef, la juge du procès a estimé que, dans la mesure où il avait omis de faire témoigner au procès certaines des personnes nommées et des personnes non désignées nommément qu'il présentait comme des victimes, le ministère public était incapable de prouver qu'elles avaient été victimes d'extorsion. Le seul témoignage dont il fallait tenir compte, selon elle, était donc celui de K. Jugeant que le témoignage de K était pour l'essentiel dénué de toute crédibilité, elle a acquitté B relativement au troisième chef.

Il est vrai que K a été la seule des personnes nommées dans le chef d'accusation à témoigner lors du procès. Cependant, pour avoir gain de cause sur ce chef, le ministère public n'avait pas à prouver que B avait menacé K. Il n'avait pas non plus à prouver que ce dernier s'était senti menacé par le comportement de B. Il lui incombait de présenter des éléments de preuve — peu importe qu'il s'agisse ou non des témoignages des personnes qu'il présentait comme des victimes — établissant chacun des éléments constitutifs de l'infraction.

Même sans le témoignage de K, il était possible d'établir chacun des éléments constitutifs de l'infraction, car il y avait suffisamment d'éléments de preuve à cet égard. Bien entendu, c'est au juge des faits et non à la cour d'appel qu'il appartient de trancher cette question. Cependant, l'erreur de droit que la juge du procès a commise, conjuguée à son omission d'examiner ces éléments, a eu une incidence significative sur sa décision de prononcer un verdict d'acquiescement. Cela étant, la façon correcte de statuer sur cet aspect du pourvoi consiste à ordonner la tenue d'un nouveau procès, et non à rétablir l'acquiescement.

Jurisprudence

Citée par le juge Binnie

Arrêts mentionnés : *The Trial of Thomas Hardy for High Treason* (1794), 24 St. Tr. 199; *Marks c. Beyfus* (1890), 25 Q.B.D. 494; *R. c. Leipert*, [1997] 1 R.C.S. 281; *R. c. Basi*, 2009 CSC 52, [2009] 3 R.C.S. 389; *Bisaillon c. Keable*, [1983] 2 R.C.S. 60; *R. c. Hunter* (1987), 57 C.R. (3d) 1; *R. c. Scott*, [1990] 3 R.C.S. 979; *Personne*

v. Vancouver Sun, 2007 SCC 43, [2007] 3 S.C.R. 253; *R. v. McCormack*, 2009 CanLII 76382; *R. v. Broyles*, [1991] 3 S.C.R. 595; *R. v. Davies* (1982), 1 C.C.C. (3d) 299; *R. v. Babes* (2000), 146 C.C.C. (3d) 465; *R. v. National Post*, 2010 SCC 16, [2010] 1 S.C.R. 477; *Carey v. Ontario*, [1986] 2 S.C.R. 637; *R. v. Hirschboltz*, 2004 SKQB 17, [2006] 1 W.W.R. 174; *R. v. Hearn*, [1989] 2 S.C.R. 1180; *R. v. Beaudry*, 2007 SCC 5, [2007] 1 S.C.R. 190; *R. v. Charemski*, [1998] 1 S.C.R. 679; *R. v. Bigras*, 2004 CanLII 21267; *R. v. Graveline*, 2006 SCC 16, [2006] 1 S.C.R. 609; *R. v. Biniaris*, 2000 SCC 15, [2000] 1 S.C.R. 381; *R. v. B. (G.)*, [1990] 2 S.C.R. 57; *R. v. Natarelli*, [1967] S.C.R. 539; *R. v. Alexander* (2005), 206 C.C.C. (3d) 233, leave to appeal refused, [2006] 1 S.C.R. v; *R. v. Royz* (2008), 248 O.A.C. 361; *R. v. Davis*, [1999] 3 S.C.R. 759; *R. v. McClure* (1957), 22 W.W.R. 167; *R. v. Hodson*, 2001 ABCA 111, 92 Alta. L.R. (3d) 262; *R. v. Pelletier* (1992), 71 C.C.C. (3d) 438; *Vézeau v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 277; *R. v. Sutton*, 2000 SCC 50, [2000] 2 S.C.R. 595.

By Fish J. (dissenting in part)

Rousseau v. The Queen, [1985] 2 S.C.R. 38; *R. v. Walker*, 2008 SCC 34, [2008] 2 S.C.R. 245; *R. v. Graveline*, 2006 SCC 16, [2006] 1 S.C.R. 609; *R. v. Mahalingan*, 2008 SCC 63, [2008] 3 S.C.R. 316.

By Cromwell J. (dissenting in part)

R. v. Graveline, 2006 SCC 16, [2006] 1 S.C.R. 609; *R. v. Sutton*, 2000 SCC 50, [2000] 2 S.C.R. 595; *R. v. McClure* (1957), 22 W.W.R. 167; *R. v. N.N.*, 2008 BCCA 300, 257 B.C.A.C. 304.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7.
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 139, 346(1), (1.1)(a), (b), 676.

Authors Cited

Hubbard, Robert W., Susan Magotiaux and Suzanne M. Duncan. *The Law of Privilege in Canada*. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 2006 (loose-leaf updated May 2011, release 12).
Watt, David. *Watt's Manual of Criminal Jury Instructions*. Toronto: Thomson/Carswell, 2005.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (Berger, Watson and Slatter JJ.A.), 2010 ABCA 116, 25 Alta. L.R. (5th) 326, 477 A.R. 127, 483 W.A.C. 127, 254 C.C.C. (3d) 50, 75 C.R. (6th) 257, 208 C.R.R. (2d) 206, [2010] 10 W.W.R. 36, [2010] A.J. No. 387 (QL), 2010 CarswellAlta 643,

désignée c. Vancouver Sun, 2007 CSC 43, [2007] 3 R.C.S. 253; *R. c. McCormack*, 2009 CanLII 76382; *R. c. Broyles*, [1991] 3 R.C.S. 595; *R. c. Davies* (1982), 1 C.C.C. (3d) 299; *R. c. Babes* (2000), 146 C.C.C. (3d) 465; *R. c. National Post*, 2010 CSC 16, [2010] 1 R.C.S. 477; *Carey c. Ontario*, [1986] 2 R.C.S. 637; *R. c. Hirschboltz*, 2004 SKQB 17, [2006] 1 W.W.R. 174; *R. c. Hearn*, [1989] 2 R.C.S. 1180; *R. c. Beaudry*, 2007 CSC 5, [2007] 1 R.C.S. 190; *R. c. Charemski*, [1998] 1 R.C.S. 679; *R. c. Bigras*, 2004 CanLII 21267; *R. c. Graveline*, 2006 CSC 16, [2006] 1 R.C.S. 609; *R. c. Biniaris*, 2000 CSC 15, [2000] 1 R.C.S. 381; *R. c. B. (G.)*, [1990] 2 R.C.S. 57; *R. c. Natarelli*, [1967] R.C.S. 539; *R. c. Alexander* (2005), 206 C.C.C. (3d) 233, autorisation d'appel refusée, [2006] 1 R.C.S. v; *R. c. Royz* (2008), 248 O.A.C. 361; *R. c. Davis*, [1999] 3 R.C.S. 759; *R. c. McClure* (1957), 22 W.W.R. 167; *R. c. Hodson*, 2001 ABCA 111, 92 Alta. L.R. (3d) 262; *R. c. Pelletier* (1992), 71 C.C.C. (3d) 438; *Vézeau c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 277; *R. c. Sutton*, 2000 CSC 50, [2000] 2 R.C.S. 595.

Citée par le juge Fish (dissident en partie)

Rousseau c. La Reine, [1985] 2 R.C.S. 38; *R. c. Walker*, 2008 CSC 34, [2008] 2 R.C.S. 245; *R. c. Graveline*, 2006 CSC 16, [2006] 1 R.C.S. 609; *R. c. Mahalingan*, 2008 CSC 63, [2008] 3 R.C.S. 316.

Citée par le juge Cromwell (dissident en partie)

R. c. Graveline, 2006 CSC 16, [2006] 1 R.C.S. 609; *R. c. Sutton*, 2000 CSC 50, [2000] 2 R.C.S. 595; *R. c. McClure* (1957), 22 W.W.R. 167; *R. c. N.N.*, 2008 BCCA 300, 257 B.C.A.C. 304.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 7.
Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 139, 346(1), (1.1)(a), (b), 676.

Doctrine citée

Hubbard, Robert W., Susan Magotiaux and Suzanne M. Duncan. *The Law of Privilege in Canada*. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 2006 (loose-leaf updated May 2011, release 12).
Watt, David. *Watt's Manual of Criminal Jury Instructions*. Toronto: Thomson/Carswell, 2005.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (les juges Berger, Watson et Slatter), 2010 ABCA 116, 25 Alta. L.R. (5th) 326, 477 A.R. 127, 483 W.A.C. 127, 254 C.C.C. (3d) 50, 75 C.R. (6th) 257, 208 C.R.R. (2d) 206, [2010] 10 W.W.R. 36, [2010] A.J. No. 387 (QL), 2010 CarswellAlta 643,

setting aside the acquittals entered by Veit J., 2007 ABQB 428, 80 Alta. L.R. (4th) 390, [2007] A.J. No. 694 (QL), 2007 CarswellAlta 848, and ordering a new trial. Appeal allowed in part, Fish and Cromwell JJ. dissenting in part.

Hersh Wolch, Q.C., for the appellant.

James C. Robb, Q.C., for the respondent.

Nancy L. Irving and François Lacasse, for the intervener the Director of Public Prosecutions.

Paul S. Lindsay, for the intervener the Attorney General of Ontario.

Derek Lai and Greg Preston, for the intervener the Canadian Association of Chiefs of Police.

Robert S. Gill, for the intervener the Canadian Crime Stoppers Association.

Anil K. Kapoor and Senem Ozkin, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

Susan M. Chapman and Jennifer Micallef, for the intervener the Criminal Lawyers' Association of Ontario.

The judgment of McLachlin C.J. and Binnie, LeBel, Deschamps, Abella, Charron and Rothstein JJ. was delivered by

[1] BINNIE J. — The jurisprudence establishes that the identity of police informers is protected by a near-absolute privilege that overrides the Crown's general duty of disclosure to the defence. This privilege is subject neither to judicial discretion nor any balancing of competing interests (although qualified by an "innocence at stake" exception). The trial judge held however that this privilege does not restrict a defence investigation into the identity of a police informant, and further, that the attempt to fetter such a defence investigation would violate the constitutional right of an accused to a full answer and defence guaranteed by s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. A majority of the Alberta Court of Appeal disagreed. In its view,

qui a annulé les acquittements prononcés par la juge Veit, 2007 ABQB 428, 80 Alta. L.R. (4th) 390, [2007] A.J. No. 694 (QL), 2007 CarswellAlta 848, et qui a ordonné la tenue d'un nouveau procès. Pourvoi accueilli en partie, les juges Fish et Cromwell sont dissidents en partie.

Hersh Wolch, c.r., pour l'appelant.

James C. Robb, c.r., pour l'intimée.

Nancy L. Irving et François Lacasse, pour l'intervenant le directeur des poursuites pénales.

Paul S. Lindsay, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Derek Lai et Greg Preston, pour l'intervenante l'Association canadienne des chefs de police.

Robert S. Gill, pour l'intervenante l'Association canadienne d'échec au crime.

Anil K. Kapoor et Senem Ozkin, pour l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles.

Susan M. Chapman et Jennifer Micallef, pour l'intervenante Criminal Lawyers' Association of Ontario.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Binnie, LeBel, Deschamps, Abella, Charron et Rothstein rendu par

[1] LE JUGE BINNIE — Selon la jurisprudence, l'identité des indicateurs de police est protégée par un privilège quasi absolu qui l'emporte sur l'obligation générale de divulgation à la défense qui incombe au ministère public. Ce privilège n'est pas assujéti au pouvoir discrétionnaire judiciaire et il n'invite pas la pondération d'intérêts opposés (sous réserve d'une exception relative à « la démonstration de l'innocence de l'accusé »). La juge du procès a toutefois conclu, d'une part, que ce privilège n'impose pas de limite à toute enquête de la défense concernant l'identité d'un indicateur de police, et, d'autre part, que la tentative de nuire à une telle enquête violerait le droit constitutionnel à une défense pleine et entière que l'art. 7 de la *Charte canadienne des*

on the contrary, informer's privilege prohibits the accused or anyone on his behalf from making efforts even wholly independent of the prosecution to discover which of his associates, if any, had "ratted" on him. This proposed extension of the rule would transform a rule of non-disclosure binding on the police, the prosecutorial authorities and the courts into a general prohibition of investigation into police informers binding on the whole world. In my view, with respect, this goes too far.

[2] An accused is not restricted by the narrow parameters of the "innocence at stake" exception when making his or her own enquiries independently of the state but nor can it be said, as the trial judge seems to have concluded, that all attempts by the accused to identify a confidential informer are constitutionally protected. What is constitutionally protected is the s. 7 right to make full answer and defence. Not all attempts to identify an informant will be linked to this right. It will depend on the circumstances.

[3] Some defence enquiries *may* of course amount to an obstruction of justice, or extortion, depending on the manner in which the enquiries are carried out and their intended purpose and the totality of the circumstances of the case. Here, for example, the Crown alleges that the appellant, Mr. Barros, an investigator hired by the defence counsel in a criminal trial, sought by threats or other unlawful means to find out the identity of the informer for use for an unlawful purpose, namely as a bargaining lever to force the Crown to withdraw the charges rather than risk disclosure of the identity of its informant. The Crown contends that Mr. Barros sought to discover the identity of the informer — by extortionate means — to have the Crown withdraw the charges against his client, Irfan Qureshi.

droits et libertés garanti à l'accusé. La Cour d'appel de l'Alberta, à la majorité, n'a pas souscrit à cette conclusion. Au contraire, elle a conclu que le privilège relatif aux indicateurs de police interdisait à l'accusé ou à toute personne agissant en son nom de faire des efforts, même s'ils étaient entièrement indépendants de la poursuite, en vue de découvrir lequel de ses associés, le cas échéant, l'avait « mouchardé ». Cet élargissement proposé de la règle transformerait une règle de non-divulgence liant les autorités policières, celles chargées des poursuites et les tribunaux en une interdiction générale d'enquêter sur les informateurs de police liant tout le monde. En toute déférence, j'estime que cela va trop loin.

[2] Les accusés ne sont pas limités par les paramètres étroits de l'exception relative à la « démonstration de l'innocence de l'accusé » lorsqu'ils font leurs propres enquêtes indépendamment de l'État. Cela dit, on ne peut pas non plus affirmer, comme la juge du procès semble l'avoir conclu, que toutes les tentatives de l'accusé en vue d'identifier un indicateur confidentiel méritent une protection constitutionnelle. Ce qui est protégé par la Constitution, c'est le droit à une défense pleine et entière garanti par l'art. 7. Or, l'ensemble des tentatives d'identification d'un indicateur ne sont pas toutes visées par ce droit. Cela dépendra des circonstances.

[3] Certaines enquêtes faites par la défense *peuvent* évidemment équivaloir à une entrave à la justice ou à de l'extorsion selon la manière dont elles sont effectuées, l'objectif qu'elles visent et l'ensemble des circonstances. Dans la présente affaire, par exemple, le ministère public prétend que l'appellant, M. Barros, enquêteur embauché par le procureur de la défense dans un procès criminel, a tenté, par le biais de menaces et d'autres moyens illicites, de découvrir l'identité de l'indicateur afin d'utiliser ce renseignement dans un but illégitime, à savoir s'en servir comme outil de négociation pour obliger le ministère public à retirer les accusations sous peine de divulgation de l'identité de son informateur. Le ministère public soutient que M. Barros a tenté de découvrir l'identité de l'indicateur — en ayant recours à l'extorsion — afin d'obtenir le retrait des accusations portées contre son client, Irfan Qureshi.

[4] The prosecution's case was rejected by the trial judge, who was not satisfied that the activities of Mr. Barros were directed to obstructing justice, nor, in her view, did the Crown establish the elements of extortion beyond a reasonable doubt.

[5] While I disagree with the majority of the Court of Appeal on the scope of the informer privilege, I do agree that the trial judge erred with respect to her legal analysis of the elements of obstruction of justice (Count 1) and extortion in respect of the dealings of Mr. Barros with the police (Count 2). On these two counts, I agree that there must be a new trial.

[6] The second charge of extortion related to the dealings of Mr. Barros with members of Qureshi's group (Count 3). It was rejected on the facts by the trial judge, who found the Crown's key witness (a group member) to be unreliable. The only other evidence on that count came from statements given by Mr. Barros to the police which were (as one would expect) largely self-exculpatory. The legal errors that tainted the trial judge's view of extortion had no bearing on her reasons for the acquittal on Count 3. The Crown has no right of appeal from the trial judge's findings of fact. In ordering a new trial on Count 3, the Court of Appeal engaged in a reweighing of the evidence and thereby erred, in my respectful opinion. In that respect, the appeal is allowed. In other respects, the appeal is dismissed.

I. Facts

[7] In March 2005, Sgt. Kevin Brezinski of the Edmonton drug squad obtained and executed a search warrant at the home of Irfan Qureshi based in part on the information provided by a confidential police informer. The police seized 1.5 kg each

[4] La juge du procès a rejeté la preuve de la poursuite, car elle n'était pas convaincue que les activités de M. Barros visaient à entraver la justice ou que le ministère public avait établi hors de tout doute raisonnable les éléments constitutifs de l'infraction d'extorsion.

[5] Bien que je ne souscrive pas à l'opinion des juges majoritaires de la Cour d'appel quant à la portée du privilège relatif aux indicateurs de police, je suis d'accord que la juge du procès a commis une erreur dans son analyse juridique des éléments constitutifs de l'infraction d'entrave à la justice (premier chef) et de celle d'extorsion relativement aux échanges qui ont eu lieu entre M. Barros et la police (deuxième chef). En ce qui concerne ces deux chefs d'accusation, j'estime que la tenue d'un nouveau procès s'impose.

[6] La deuxième accusation d'extorsion avait trait aux échanges entre M. Barros et les membres du groupe de M. Qureshi (troisième chef). Elle a été rejetée au vu des faits par la juge du procès, qui a conclu que le témoin clé du ministère public (un membre du groupe) n'était pas fiable. Le seul autre élément de preuve relatif à ce chef provenait de déclarations que M. Barros avait faites à la police, déclarations qui (comme on pouvait s'y attendre) étaient en grande partie disculpatoires. Les erreurs juridiques qui ont entaché l'opinion de la juge du procès quant à l'extorsion n'ont eu aucune incidence sur les motifs d'acquiescement qu'elle a exposés relativement au troisième chef. Le ministère public n'a pas le droit d'en appeler des conclusions de fait de la juge du procès. En toute déférence, j'estime qu'en ordonnant la tenue d'un nouveau procès relativement au troisième chef la Cour d'appel s'est livrée à une nouvelle appréciation de la preuve et a, par conséquent, commis une erreur. À cet égard, l'appel est accueilli. Pour le reste, il est rejeté.

I. Les faits

[7] En mars 2005, le sergent Kevin Brezinski, de l'escouade antidrogue d'Edmonton, a obtenu et exécuté un mandat de perquisition, fondé en partie sur les renseignements fournis par un indicateur confidentiel de la police, relativement à la résidence

of methamphetamine and cocaine, three handguns, a bulletproof vest and paraphernalia for cooking and packaging cocaine. In the same month a second search netted a seizure of 4 kg of cocaine, 6 oz. of methamphetamine, a handgun, and \$55,000. Qureshi and others were charged with a number of drug trafficking and firearms offences.

[8] Defence counsel retained the appellant Ross Barros, a private investigator, to look into the strengths and weaknesses of the Crown's case. Mr. Barros is a retired police officer with 25 years of experience with the Edmonton police service, seven of which were engaged in investigating drug crimes.

[9] Mr. Barros decided to take steps to discover the informer's identity. According to the theory of the prosecution, he met with Qureshi's associates, told them he was working for the defence and was going to find out who had informed on Qureshi. He demanded the associates' cell phone numbers to see if any of them had been in touch with the investigating officer, Sgt. Brezinski. Mr. Barros warned them that the informer in their midst should seek legal advice and contact him so that they could "work this thing together".

[10] Mr. Barros obtained the associates' call records from sources unknown. He also compared the criminal record of each of the associates against the disclosed criminal record of the informer to eliminate potential candidates. He helped identify a polygraph operator, and suggested that those of Qureshi's associates who had not provided their cell phone numbers should instead participate in a polygraph test. He later began approaching individuals, telling each that he "knew" that person was the informer.

d'Irfan Qureshi. La police y a saisi 1,5 kg de méthamphétamine, 1,5 kg de cocaïne, trois pistolets, une veste pare-balles et le nécessaire pour faire cuire et emballer de la cocaïne. Au cours du même mois, une deuxième fouille a permis à la police de saisir 4 kg de cocaïne, 6 oz de méthamphétamine, un pistolet et la somme de 55 000 \$. M. Qureshi et d'autres personnes ont été accusés d'un certain nombre d'infractions relatives au trafic des stupéfiants et aux armes à feu.

[8] Le procureur de la défense a retenu les services de l'appelant, M. Ross Barros, enquêteur privé, pour qu'il apprécie les forces et les faiblesses de la thèse du ministère public. M. Barros est un agent de police à la retraite qui a travaillé pendant 25 ans pour le service de police d'Edmonton; il a consacré sept de ces années à enquêter sur des activités criminelles liées aux stupéfiants.

[9] M. Barros a décidé d'entreprendre des démarches en vue de découvrir l'identité de l'indicateur de police. Selon la thèse de la poursuite, il a rencontré les associés de M. Qureshi et leur a dit qu'il travaillait pour la défense et qu'il allait découvrir l'identité de celui qui avait fourni des renseignements à la police au sujet de M. Qureshi. Il leur a demandé de lui donner leurs numéros de téléphone cellulaire afin qu'il puisse vérifier si l'un ou l'autre d'entre eux avait contacté l'enquêteur, le sergent Brezinski. Il les a aussi prévenus que l'indicateur parmi eux avait intérêt à consulter un avocat et à communiquer avec lui afin qu'ils puissent [TRADUCTION] « régler ce problème ensemble ».

[10] M. Barros a obtenu de sources inconnues les relevés d'appel des associés. Il a comparé les antécédents judiciaires de chacun de ces derniers avec ceux de l'indicateur qui avaient été divulgués, et ce afin d'éliminer d'éventuels suspects. Il a contribué à trouver un expert en détecteurs de mensonges et a suggéré à ceux des associés de Qureshi qui ne lui avaient pas donné leurs numéros de téléphone cellulaire de se soumettre à un test polygraphique. Il a par la suite abordé certains des associés, disant à chacun d'entre eux qu'il « savait » que c'était lui qui était l'indicateur.

[11] Mirza Kassam, the only one of the associates to testify at trial, said he arrived late at the initial meeting in which Mr. Barros requested the associates' phone numbers. He left his name and number on a piece of Mr. Barros's letterhead. After Kassam missed a subsequent meeting, he was instructed to call Mr. Barros, whom he later met in a parking lot. Mr. Barros told him, "[Y]ou're the informant". Kassam says he denied the accusation but was afraid of falling under suspicion because "out there, informants get killed". Mr. Barros demanded Kassam's cell phone records. Kassam said he felt that if he did not comply, Mr. Barros would conclude that he was the informer. Kassam testified to his belief that Mr. Barros wanted him to confess so that Mr. Barros could put it to the police that he knew who their source was and get the charges dropped. Kassam said that after this meeting, despite his denial, the other associates became very hostile towards him and he feared that he might be killed. (The trial judge found this evidence to be wholly unreliable.)

[12] Mr. Barros eventually arranged a meeting with Sgt. Brezinski for May 6, 2005, at a local golf course. Sgt. Krewenchuk was also present at this meeting. Qureshi had a bail hearing scheduled for the same date. Sgt. Brezinski had already recommended bail for Qureshi on strict conditions. Mr. Barros advised Sgt. Brezinski (up until that time a personal friend) that he knew the identity of the informer but that he had not revealed this information to Qureshi. Nor was he going to advise his retaining counsel of the informer's identity "at this time".

[13] Mr. Barros told Sgt. Brezinski and Sgt. Krewenchuk of several cases Mr. Barros recalled

[11] M. Mirza Kassam, le seul des associés qui a témoigné au procès, a déclaré qu'il était arrivé en retard à la première rencontre, au cours de laquelle M. Barros avait demandé aux associés de lui donner leurs numéros de téléphone. Il a dit avoir inscrit son nom et son numéro de téléphone sur du papier à correspondance officielle de M. Barros. Après avoir manqué une rencontre ultérieure, M. Kassam a eu pour instructions d'appeler M. Barros, qu'il a plus tard rencontré dans un stationnement. M. Barros lui a alors dit : [TRADUCTION] « c'est toi qui est l'indicateur ». M. Kassam affirme avoir nié cette allégation, mais qu'il craignait que M. Barros ne le soupçonne d'être l'indicateur parce que [TRADUCTION] « dans ce milieu, les indicateurs se font tuer ». M. Barros a demandé à M. Kassam de lui fournir les relevés d'appel de son téléphone cellulaire. M. Kassam a affirmé avoir eu l'impression que son défaut d'obtempérer à la demande de M. Barros amènerait ce dernier à conclure que c'était lui qui était l'indicateur. Par ailleurs, il a affirmé dans son témoignage qu'il croyait que M. Barros voulait qu'il passe aux aveux afin que celui-ci puisse dire aux autorités policières qu'il savait de qui elles obtenaient leur information et, ainsi, obtenir qu'elles retirent leurs accusations. Enfin, il a affirmé qu'après cette rencontre les autres associés sont devenus très hostiles à son égard malgré sa dénégation et qu'il craignait d'être tué. (La juge du procès a conclu que ce témoignage n'était aucunement fiable.)

[12] M. Barros a par la suite organisé une rencontre avec le sergent Brezinski, qui a eu lieu le 6 mai 2005 à un club de golf de la région et à laquelle le sergent Krewenchuk a lui aussi assisté. Le même jour, M. Qureshi devait se présenter à une enquête sur cautionnement. Or, le sergent Brezinski avait déjà recommandé que M. Qureshi soit libéré sous caution, sous réserve de conditions rigoureuses. M. Barros a informé le sergent Brezinski (jusque-là un ami personnel) qu'il connaissait l'identité de l'indicateur, mais qu'il ne l'avait pas révélée à M. Qureshi et que, [TRADUCTION] « pour le moment », il ne la révélerait pas non plus à l'avocat qui avait retenu ses services.

[13] M. Barros a fait part au sergent Brezinski et au sergent Krewenchuk de nombreux cas dont il se

from his time on the Edmonton police force where the charges against an accused were dropped in order to protect the informer once the identity of an informer was discovered. Mr. Barros said that although he had not told anyone about the informer's identity, he would eventually have to report it to defence counsel. Sgt. Brezinski testified that he understood Mr. Barros to be asking him to drop the charges against Qureshi if he didn't want the identity of the informer to be revealed. Sgt. Brezinski told Mr. Barros that he was committing extortion and obstruction of justice.

[14] Mr. Barros was charged with one count of obstructing justice for taking investigative steps to identify a confidential police source "for the purpose of interfering with criminal proceedings" against Irfan Qureshi. He was also charged with two counts of extortion, firstly for attempting to induce Sgt. Brezinski to withdraw the criminal proceedings against Qureshi at the May 6 meeting and, secondly, for inducing or attempting to induce the associates of Qureshi (including Kassam) to give him personal information including cellular phone numbers between March 7 and May 12, 2005.

[15] In a cautioned statement to police on May 13, 2005, following his arrest, Mr. Barros said that he knew the identity of the informer and was aware that the person thus identified would be in danger if this were disclosed, even if his "identification" turned out to be mistaken. He agreed that following the arrest of one of its members, a criminal organization will often attempt to identify and eliminate police informers within their group.

[16] Mr. Barros said in his police statement that he knew from previous experience that the protection of an informer's identity was a paramount concern of the police. He added that he believed it was routine for the Crown and the police to stay the charges against an accused where this became necessary to protect the identity of an informer.

rappelait du temps où il travaillait pour le service de police d'Edmonton où les accusations portées contre un accusé avaient été retirées afin de protéger l'indicateur une fois son identité découverte. M. Barros a affirmé n'avoir révélé à personne l'identité de l'indicateur, mais que tôt ou tard il devrait en faire part au procureur de la défense. Le sergent Brezinski a affirmé dans son témoignage qu'il comprenait que M. Barros lui demandait de retirer les accusations portées contre M. Qureshi s'il ne voulait pas que l'identité de l'indicateur soit révélée. Le sergent Brezinski a dit à M. Barros qu'il commettait une extorsion et une entrave à la justice.

[14] M. Barros a été accusé d'un chef d'entrave à la justice pour avoir mené une enquête en vue d'identifier une source policière confidentielle, et ce, [TRADUCTION] « dans le but d'entraver les procédures criminelles intentées » contre Irfan Qureshi. Il a également été accusé de deux chefs d'extorsion, d'abord pour avoir tenté, lors de la réunion du 6 mai, de persuader le sergent Brezinski d'abandonner les procédures criminelles intentées contre M. Qureshi et, ensuite, pour avoir persuadé ou tenté de persuader, entre le 7 mars et le 12 mai 2005, les associés de M. Qureshi (notamment M. Kassam) de lui donner des renseignements personnels, notamment leurs numéros de téléphone cellulaire.

[15] Dans une déclaration après mise en garde qu'il a faite à la police le 13 mai 2005 à la suite de son arrestation, M. Barros a affirmé qu'il connaissait l'identité de l'indicateur et qu'il savait que cette personne serait en danger si ce renseignement était divulgué, et ce même si l'« identification » s'avérait erronée. Il a reconnu qu'il arrive souvent qu'à la suite de l'arrestation de l'un de ses membres une organisation criminelle tente d'identifier et d'éliminer les indicateurs de police qu'elle compte en son sein.

[16] M. Barros a affirmé dans sa déclaration à la police qu'il savait par expérience que la protection de l'identité d'un indicateur était d'une importance capitale pour la police. Il a ajouté que, selon lui, il arrive souvent que le ministère public et la police suspendent les accusations portées contre un accusé lorsque cela s'avère nécessaire pour protéger

He offered a number of examples in which he had done so as a police officer. He said, however, that he had been motivated in his investigation of Qureshi's associates to ensure that no harm befell the "source" thus identified.

II. Relevant Statutory Provisions

[17] *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46

346. (1) [Extortion] Every one commits extortion who, without reasonable justification or excuse and with intent to obtain anything, by threats, accusations, menaces or violence induces or attempts to induce any person, whether or not he is the person threatened, accused or menaced or to whom violence is shown, to do anything or cause anything to be done.

(1.1) [Punishment] Every person who commits extortion is guilty of an indictable offence and liable

(a) where a firearm is used in the commission of the offence, to imprisonment for life and to a minimum punishment of imprisonment for a term of four years; and

(b) in any other case, to imprisonment for life.

139. (1) [Obstructing justice] Every one who wilfully attempts in any manner to obstruct, pervert or defeat the course of justice in a judicial proceeding,

(a) by indemnifying or agreeing to indemnify a surety, in any way and either in whole or in part, or

(b) where he is a surety, by accepting or agreeing to accept a fee or any form of indemnity whether in whole or in part from or in respect of a person who is released or is to be released from custody,

is guilty of

(c) an indictable offence and is liable to imprisonment for a term not exceeding two years, or

(d) an offence punishable on summary conviction.

(2) [Idem] Every one who wilfully attempts in any manner other than a manner described in subsection (1) to obstruct, pervert or defeat the course of justice is

l'identité d'un indicateur. Il a donné un certain nombre d'exemples où il avait agi ainsi lorsqu'il était agent de police. Il a toutefois affirmé qu'en menant son enquête sur les associés de M. Qureshi il avait pris soin de voir à ce que la « source » identifiée ne subisse aucun préjudice.

II. Dispositions législatives pertinentes

[17] *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46

346. (1) [Extorsion] Commet une extorsion quiconque, sans justification ou excuse raisonnable et avec l'intention d'obtenir quelque chose, par menaces, accusations ou violence, induit ou tente d'induire une personne, que ce soit ou non la personne menacée ou accusée, ou celle contre qui la violence est exercée, à accomplir ou à faire accomplir quelque chose.

(1.1) [Peine] Quiconque commet une extorsion est coupable d'un acte criminel passible :

a) s'il y a usage d'une arme à feu lors de la perpétration de l'infraction, de l'emprisonnement à perpétuité, la peine minimale étant de quatre ans;

b) dans les autres cas, de l'emprisonnement à perpétuité.

139. (1) [Entrave à la justice] Quiconque volontairement tente de quelque manière d'entraver, de détourner ou de contrecarrer le cours de la justice dans une procédure judiciaire :

a) soit en indemnisant ou en convenant d'indemniser une caution de quelque façon que ce soit, en totalité ou en partie;

b) soit étant une caution, en acceptant ou convenant d'accepter des honoraires ou toute forme d'indemnité, que ce soit en totalité ou en partie, de la part d'une personne qui est ou doit être mise en liberté ou à l'égard d'une telle personne,

est coupable :

c) soit d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement maximal de deux ans;

d) soit d'une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire.

(2) [Idem] Est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement maximal de dix ans quiconque volontairement tente de quelque manière, autre qu'une

guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for a term not exceeding ten years.

(3) [Idem] Without restricting the generality of subsection (2), every one shall be deemed wilfully to attempt to obstruct, pervert or defeat the course of justice who in a judicial proceeding, existing or proposed,

(a) dissuades or attempts to dissuade a person by threats, bribes or other corrupt means from giving evidence;

(b) influences or attempts to influence by threats, bribes or other corrupt means a person in his conduct as a juror; or

(c) accepts or obtains, agrees to accept or attempts to obtain a bribe or other corrupt consideration to abstain from giving evidence, or to do or to refrain from doing anything as a juror.

676. (1) [Right of Attorney General to appeal] The Attorney General or counsel instructed by him for the purpose may appeal to the court of appeal

(a) against a judgment or verdict of acquittal or a verdict of not criminally responsible on account of mental disorder of a trial court in proceedings by indictment on any ground of appeal that involves a question of law alone;

(b) against an order of a superior court of criminal jurisdiction that quashes an indictment or in any manner refuses or fails to exercise jurisdiction on an indictment;

(c) against an order of a trial court that stays proceedings on an indictment or quashes an indictment; or

(d) with leave of the court of appeal or a judge thereof, against the sentence passed by a trial court in proceedings by indictment, unless that sentence is one fixed by law.

III. Judicial History

A. *Alberta Court of Queen's Bench (Veit J.), Oral Reasons, December 21, 2007*

[18] The trial judge concluded that there was no evidence upon which a reasonable jury could convict on the count of obstruction because Mr. Barros

manière visée au paragraphe (1), d'entraver, de détourner ou de contrecarrer le cours de la justice.

(3) [Idem] Sans que soit limitée la portée générale du paragraphe (2), est censé tenter volontairement d'entraver, de détourner ou de contrecarrer le cours de la justice quiconque, dans une procédure judiciaire existante ou projetée, selon le cas :

a) dissuade ou tente de dissuader une personne, par des menaces, des pots-de-vin ou d'autres moyens de corruption, de témoigner;

b) influence ou tente d'influencer une personne dans sa conduite comme juré, par des menaces, des pots-de-vin ou d'autres moyens de corruption;

c) accepte ou obtient, convient d'accepter ou tente d'obtenir un pot-de-vin ou une autre compensation vénale pour s'abstenir de témoigner ou pour faire ou s'abstenir de faire quelque chose à titre de juré.

676. (1) [Le procureur général peut interjeter appel] Le procureur général ou un avocat ayant reçu de lui des instructions à cette fin peut introduire un recours devant la cour d'appel

a) contre un jugement ou verdict d'acquiescement ou un verdict de non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux prononcé par un tribunal de première instance à l'égard de procédures sur acte d'accusation pour tout motif d'appel qui comporte une question de droit seulement;

b) contre une ordonnance d'une cour supérieure de juridiction criminelle qui annule un acte d'accusation ou refuse ou omet d'exercer sa compétence à l'égard d'un acte d'accusation;

c) contre une ordonnance d'un tribunal de première instance qui arrête les procédures sur un acte d'accusation ou annule un acte d'accusation;

d) avec l'autorisation de la cour d'appel ou de l'un de ses juges, contre la peine prononcée par un tribunal de première instance à l'égard de procédures par acte d'accusation, à moins que cette peine ne soit de celles que fixe la loi.

III. Historique des procédures judiciaires

A. *Cour du Banc de la Reine de l'Alberta (la juge Veit), motifs prononcés à l'audience le 21 décembre 2007*

[18] La juge du procès a conclu qu'il n'existait aucune preuve permettant à un jury raisonnable de déclarer M. Barros coupable du chef d'accusation

was constitutionally entitled to take investigative steps to identify the informer and his acts were not criminal. She therefore directed a verdict of acquittal on that charge. The two counts of extortion proceeded. Both were dismissed in oral reasons for judgment.

[19] In the trial judge's view, the Crown had not established that Mr. Barros induced or attempted to induce Sgt. Brezinski to withdraw the criminal proceedings against Qureshi. Sgt. Brezinski did not testify that Mr. Barros had explicitly requested the charges be dropped; only that he interpreted Mr. Barros to be asking for this. Accordingly, the prosecution had not proven that Mr. Barros threatened Sgt. Brezinski, nor had it negated any reasonable justification or excuse for his actions. The trial judge emphasized that Mr. Barros had not disclosed the identity to defence counsel and had generally made an effort to "make sure that no one would get hurt" in the course of his dealings with the police (A.R., at p. 17).

[20] Regarding the second count of extortion, the trial judge found that the Crown had proven that Mr. Barros did induce or attempt to induce Qureshi's associates to provide their cell phone numbers, but not that Mr. Barros used threats or violence to do so; nor did it establish the absence of any reasonable justification for his actions. Extortion had not been established beyond a reasonable doubt. Mr. Barros was therefore acquitted on all counts.

B. *Alberta Court of Appeal (Berger, Watson and Slatter J.J.A.), 2010 ABCA 116, 25 Alta. L.R. (5th) 326*

[21] The Crown appealed both the directed verdict on the charge of obstruction of justice and the

d'entrave à la justice étant donné qu'il avait, en vertu de la Constitution, le droit de faire enquête en vue d'identifier l'indicateur, et que ses actes n'étaient pas criminels. Elle a donc imposé un verdict d'acquiescement quant à ce chef d'accusation. Les deux chefs d'extorsion ont fait l'objet d'un procès. Elle les a rejetés dans des motifs qu'elle a prononcés à l'audience au terme du procès.

[19] Selon la juge du procès, le ministère public n'avait pas établi que M. Barros avait induit ou tenté d'induire le sergent Brezinski à abandonner les procédures criminelles intentées contre M. Qureshi. Le sergent Brezinski n'a pas affirmé dans son témoignage que M. Barros lui avait explicitement demandé de retirer les accusations; il a plutôt déclaré avoir tout simplement déduit que c'est ce qu'il lui demandait de faire. Par conséquent, la poursuite n'avait ni établi que M. Barros avait menacé le sergent Brezinski, ni démontré l'absence de toute justification ou excuse raisonnable de M. Barros relativement à ses actes. La juge du procès a souligné que M. Barros n'avait pas révélé l'identité de l'indicateur au procureur de la défense et que, de manière générale, il avait pris soin, dans ses rapports avec la police, de [TRADUCTION] « voir à ce que personne ne subisse de préjudice » (d.a., p. 17).

[20] En ce qui concerne le deuxième chef d'extorsion, la juge du procès a conclu que le ministère public avait établi que M. Barros avait effectivement induit ou tenté d'induire les associés de M. Qureshi à lui donner leurs numéros de téléphone cellulaire, mais qu'il n'avait cependant pas prouvé, d'une part, que M. Barros avait eu recours à des menaces ou à la violence, et, d'autre part, qu'il n'y avait aucune justification ou excuse raisonnable relativement à ses actes. Elle a conclu que le ministère public n'avait pas établi hors de tout doute raisonnable qu'il y avait eu extorsion. M. Barros a donc été acquitté des trois chefs d'accusation portés contre lui.

B. *Cour d'appel de l'Alberta (les juges Berger, Watson et Slatter), 2010 ABCA 116, 25 Alta. L.R. (5th) 326*

[21] Le ministère public a interjeté appel du verdict imposé par la juge du procès quant au chef

acquittals on the two charges of extortion. A new trial was ordered on all three charges.

(1) The Majority — Slatter J.A.

[22] Writing for himself and Watson J.A., Slatter J.A. held that the trial judgment contained “some factually based errors that are so egregious as to undermine the whole verdict, and so amount to errors of law” (para. 27). As to the scope of informer privilege rule, he wrote:

Both the existing informer and the potential informer will regard it as equally dangerous regardless of whether their identity is disclosed by the police, or discovered independently by the accused. In either case, their safety is jeopardized, and the willingness of citizens to come forward with important information is compromised. *Leipert* sets out a public policy basis for the privilege that depends on secrecy; the whole privilege cannot be swept away by saying an accused has a private right to expose informers. [para. 46]

Slatter J.A. found that the methods used by Mr. Barros were inherently malevolent and oppressive and inclined to obstruct justice (para. 67). In his view, taking investigative steps to discover the identity of an informer, without more, *prima facie* amounts to obstruction of justice absent a reasonable justification or excuse (para. 68), of which there was none in this case.

[23] On the first extortion charge, Slatter J.A. noted that while the trial judge was entitled to deference on her findings of fact, her conclusions that the meeting between Mr. Barros and Sgt. Brezinski was about Qureshi’s application for bail on the same date, and that Mr. Barros did not threaten Sgt. Brezinski, were unsupported by the evidence. The threatened harm was the possibility of retribution against the informer by Qureshi or members of his group.

d’accusation d’entrave à la justice, d’une part, et des acquittements qu’elle a prononcés relativement aux deux chefs d’accusation d’extorsion, d’autre part. La tenue d’un nouveau procès a été ordonnée relativement aux trois chefs d’accusation.

(1) La majorité — le juge Slatter

[22] S’exprimant en son nom et en celui du juge Watson, le juge Slatter a conclu que le jugement de première instance contenait [TRADUCTION] « des erreurs fondées sur les faits qui [sont] si flagrantes qu’elles [minent] le verdict dans son ensemble et [équivalent] donc à des erreurs de droit » (par. 27). En ce qui concerne la portée de la règle du privilège relatif aux indicateurs de police, il a écrit ce qui suit :

[TRADUCTION] L’indicateur aussi bien que la personne qui songe à l’être estimeront que cela est dangereux, peu importe que leur identité soit révélée ou non par la police ou qu’elle soit découverte par l’accusé lui-même. Dans les deux cas, leur sécurité est compromise, tout comme le serait la volonté de citoyens de fournir des renseignements importants. L’arrêt *Leipert* énonce que le privilège est sous-tendu par un principe d’intérêt public tributaire du secret; on ne peut écarter le privilège dans son ensemble en disant qu’un accusé a le droit de dévoiler les noms des indicateurs. [par. 46]

Le juge Slatter a conclu que les méthodes utilisées par M. Barros étaient intrinsèquement malveillantes et abusives et qu’elles tendaient à faire entrave à la justice (par. 67). Selon lui, faire enquête afin de découvrir l’identité d’un indicateur, sans plus, équivaut à première vue à faire entrave à la justice si aucune justification ni excuse raisonnable n’est présentée (par. 68), comme c’est le cas en l’espèce.

[23] En ce qui concerne le premier chef d’accusation d’extorsion, le juge Slatter a souligné que, bien qu’il faille faire preuve de retenue à l’égard des conclusions de fait de la juge du procès, sa conclusion que la rencontre entre M. Barros et le sergent Brezinski portait sur la demande de cautionnement de M. Qureshi, qui devait être entendue le même jour, et celle selon laquelle M. Barros n’avait pas menacé le sergent Brezinski, n’étaient pas étayées par la preuve. L’objet de la menace était la possibilité que M. Qureshi ou des membres de son groupe exercent des représailles contre l’indicateur.

[24] On the second charge of extortion, Slatter J.A. concluded that the trial judge had misapprehended the evidence, and that her description of the danger facing a suspected informer as “social pressure” was unreasonable. Mr. Barros did make threats against the associates in order to obtain their phone numbers and call records without reasonable justification and it was a reversible error to conclude otherwise.

(2) The Dissent — Berger J.A.

[25] Berger J.A. argued that the accused was entitled to take steps to investigate the informer in furtherance of his defence. The police and the courts have a duty not to disclose the informer’s identity to defence counsel, but the jurisprudence does not place any such prohibition on the accused or those acting on his behalf. In his view, the majority opinion would transform “the prohibition against revelation to a prohibition against discovery” (para. 117).

[26] The trial judge made a finding that the Crown had failed to establish that the purpose of Mr. Barros in arranging a meeting with Sgt. Brezinski was to stop the proceedings against Qureshi: “It follows that the Crown enjoys no right of appeal in respect of [this] finding which alone is sufficient to dispose of the appeal on count 2” (para. 144).

[27] On the second extortion count, there was no reason to interfere with the findings of the trial judge that Kassam was an unreliable witness and that the other elements of the offence of extortion had not been proven (paras. 149-52). Accordingly, Berger J.A. would have dismissed the Crown appeal in its entirety.

IV. Analysis

[28] The right of an accused to do what he or she can to make full answer and defence is fundamental

[24] Quant au deuxième chef d’accusation d’extorsion, le juge Slatter a conclu que la juge du procès s’était méprise sur la preuve et qu’il était déraisonnable de qualifier de [TRADUCTION] « pression sociale » le danger auquel est confronté l’individu soupçonné d’être indicateur de police. M. Barros a bel et bien proféré des menaces contre les associés afin d’obtenir leurs numéros de téléphone et leurs relevés d’appel, et ce sans fournir de justification raisonnable. Conclure autrement constituait une erreur justifiant l’annulation du verdict.

(2) La dissidence — le juge Berger

[25] Selon le juge Berger, l’accusé pouvait mener une enquête au sujet de l’indicateur aux fins de sa défense. La police et les tribunaux sont tenus de ne pas divulguer l’identité de l’indicateur au procureur de la défense, mais la jurisprudence n’impose pas une telle interdiction à l’accusé ou aux personnes qui agissent pour lui. À son avis, les motifs des juges majoritaires convertiraient [TRADUCTION] « l’interdiction de divulgation en une interdiction d’enquête préalable » (par. 117).

[26] La juge du procès a conclu que le ministère public n’était pas parvenu à établir que le but dans lequel M. Barros avait organisé une rencontre avec le sergent Brezinski était de faire arrêter les procédures intentées contre M. Qureshi : [TRADUCTION] « Il s’ensuit que le ministère public ne jouit d’aucun droit d’appel relativement à [cette] conclusion, ce qui, en soi, est suffisant pour trancher l’appel quant au deuxième chef » (par. 144).

[27] En ce qui concerne le deuxième chef d’accusation d’extorsion, rien ne justifiait de modifier les conclusions de la juge du procès que M. Kassam n’était pas un témoin fiable et que les autres éléments de l’infraction d’extorsion n’avaient pas été établis (par. 149-152). Par conséquent, le juge Berger était d’avis de rejeter complètement l’appel interjeté par le ministère public.

IV. Analyse

[28] Le droit d’un accusé de faire tout en son pouvoir pour présenter une défense pleine et entière est

to criminal justice. Yet informer privilege has been recognized at least since *The Trial of Thomas Hardy for High Treason* (1794), 24 St. Tr. 199, as an essential element in the investigation of crime and the protection of the public. Once informer privilege is found to exist, no exception or balancing of interests is made except “if upon the trial of a prisoner the judge should be of opinion that the disclosure of the name of the informant is necessary or right in order to show the prisoner’s innocence” (*Marks v. Beyfus* (1890), 25 Q.B.D. 494 (C.A.), at p. 498; *R. v. Leipert*, [1997] 1 S.C.R. 281, at paras. 23-24; and *R. v. Basi*, 2009 SCC 52, [2009] 3 S.C.R. 389, at para. 43). However, precisely because informer privilege can place a significant limitation on the activities of the defence, it is important not to extend its scope beyond what is necessary to achieve its purpose of protecting informers and encouraging individuals with knowledge of criminal activities to come forward to speak to the authorities.

[29] In order to assess the ramifications of the extension of informer privilege endorsed by the majority in the Alberta Court of Appeal, it is convenient to set out some of the broad parameters of the relevant law as it presently exists.

A. *The Importance of Informer Privilege*

[30] Police rely heavily on informers. Because of its almost absolute nature, the privilege encourages other potential informers to come forward with some assurance of protection against reprisal. A more flexible rule that would leave disclosure up to the discretion of the individual trial judge would rob informers of that assurance and sap their willingness to cooperate. See *Bisaillon v. Keable*, [1983] 2 S.C.R. 60; *R. v. Hunter* (1987), 57 C.R. (3d) 1 (Ont. C.A.); *R. v. Scott*, [1990] 3 S.C.R. 979; *Named Person v. Vancouver Sun*, 2007 SCC 43, [2007] 3 S.C.R. 253; *Leipert*; and *Basi*. The obligation to protect confidential sources clearly goes beyond a rule of evidence and is not limited to the

fondamental en justice pénale. Cependant, c’est au moins depuis l’affaire *The Trial of Thomas Hardy for High Treason* (1794), 24 St. Tr. 199, que le privilège relatif aux indicateurs de police est reconnu comme un élément essentiel des enquêtes criminelles et de la protection du public. Dès lors que l’on conclut à l’existence d’un privilège relatif aux indicateurs de police, aucune exception ni aucune pondération des intérêts ne sont permises, sauf [TRADUCTION] « si au procès d’un accusé le juge est d’avis qu’il est nécessaire ou juste de divulguer le nom de l’indicateur pour démontrer l’innocence du prisonnier » (*Marks c. Beyfus* (1890), 25 Q.B.D. 494 (C.A.), p. 498; *R. c. Leipert*, [1997] 1 R.C.S. 281, par. 23-24; et *R. c. Basi*, 2009 CSC 52, [2009] 3 R.C.S. 389, par. 43). Toutefois, c’est précisément parce que le privilège relatif aux indicateurs de police peut imposer une restriction importante aux activités de la défense qu’il est important de ne pas étendre sa portée au-delà de ce qui est nécessaire pour qu’il atteigne son objectif de protéger les indicateurs et inciter les personnes au courant d’activités criminelles d’en parler aux autorités.

[29] Pour apprécier les conséquences de l’élargissement de la portée du privilège relatif aux indicateurs de police à laquelle la Cour d’appel de l’Alberta a souscrit à la majorité, il convient d’énoncer certains des grands paramètres du droit tel qu’il existe actuellement.

A. *L’importance du privilège relatif aux indicateurs de police*

[30] La police compte énormément sur ses indicateurs. Compte tenu de sa nature quasi absolue, le privilège incite d’éventuels indicateurs à se manifester, sachant qu’ils bénéficieront d’une certaine garantie contre les représailles. Or, l’adoption d’une règle plus souple qui accorderait aux juges du procès le pouvoir discrétionnaire de décider s’il convient ou non de divulguer l’identité des indicateurs de police priverait ces derniers de cette garantie et minerait leur volonté de collaborer. Voir *Bisaillon c. Keable*, [1983] 2 R.C.S. 60; *R. c. Hunter* (1987), 57 C.R. (3d) 1 (C.A. Ont.); *R. c. Scott*, [1990] 3 R.C.S. 979; *Personne désignée c. Vancouver Sun*, 2007 CSC 43, [2007] 3 R.C.S.

courtroom. As the trial judge in this case put it, “The police need help, but people who are available to provide information typically won’t give that information to the police unless they are protected” (A.R., at p. 7).

[31] Of course, not everybody who provides information to the police thereby becomes a confidential informant. In a clear case, confidentiality is explicitly sought by the informer and agreed to by the police. As noted in *Basi*, at para. 36:

The privilege arises where a police officer, in the course of an investigation, guarantees protection and confidentiality to a prospective informer in exchange for useful information that would otherwise be difficult or impossible to obtain.

Bisaillon, however, added that the promise need not be express. It may be implicit in the circumstances:

The rule gives a peace officer the power to promise his informers secrecy expressly or by implication, with a guarantee sanctioned by the law that this promise will be kept even in court, and to receive in exchange for this promise information without which it would be extremely difficult for him to carry out his duties and ensure that the criminal law is obeyed. [Emphasis added; p. 105.]

[32] A claim to informer status is always open to challenge by the defence. The Crown is better able to meet that challenge if it can point to clear evidence of informer status being conferred explicitly rather than after-the-fact supposition. Keeping in mind that informer’s privilege was created and is enforced as a matter of public interest rather than contract, it might be argued that in a situation of serious potential danger, the informer privilege (or other public interest privilege) might apply even in the absence of the contract-type elements of offer and acceptance. However, that question does not

253; *Leipert*; et *Basi*. La portée de l’obligation de protéger les sources confidentielles dépasse manifestement celle d’une simple règle de preuve et elle ne se limite pas à la salle d’audience. Comme la juge du procès l’a dit, [TRADUCTION] « [l]a police a besoin d’aide, mais, en règle générale, les personnes qui peuvent lui fournir des renseignements ne le feront que si elles sont protégées » (d.a., p. 7).

[31] Évidemment, les individus qui fournissent des renseignements à la police n’en deviennent pas tous des indicateurs confidentiels. Dans les cas clairs, l’indicateur demande explicitement que son identité demeure confidentielle et la police accède à sa demande. L’arrêt *Basi* mentionne ce qui suit, au par. 36 :

La question du privilège se pose lorsque, dans le cadre d’une enquête, un policier garantit la protection et la confidentialité d’un indicateur éventuel en échange de renseignements utiles qu’il lui serait difficile ou impossible d’obtenir autrement.

La Cour a toutefois ajouté dans l’arrêt *Bisaillon* qu’il n’est pas nécessaire que la promesse soit explicite. Elle peut être implicite selon les circonstances :

Le principe confère en effet à l’agent de la paix le pouvoir de promettre explicitement ou implicitement le secret à ses indicateurs, avec la garantie sanctionnée par la loi que cette promesse sera tenue même en cour, et de recueillir en contrepartie de cette promesse, des renseignements sans lesquels il lui serait extrêmement difficile d’exercer ses fonctions et de faire respecter le droit criminel. [Je souligne; p. 105.]

[32] La prétention que l’intéressé s’est vu confier le rôle d’indicateur de police peut toujours être contestée par la défense. Or, il sera plus facile au ministère public d’y répondre s’il peut invoquer une preuve claire que ce rôle a été explicitement confié à l’intéressé plutôt que s’il s’agit d’une simple supposition présentée après le fait. En gardant à l’esprit que le privilège relatif aux indicateurs de police a été créé et est appliqué dans l’intérêt public plutôt que d’un point de vue contractuel, on pourrait soutenir qu’en cas de menace de danger important ce privilège (ou tout

arise on the facts of this case and I say no more about the issue.

[33] Unfounded claims to different types of privilege are made from time to time and, as counsel for Mr. Barros points out, there have been cases where the police have claimed informer status in manifestly inappropriate circumstances; see, e.g., *R. v. McCormack*, 2009 CanLII 76382 (Ont. S.C.J.). It would not, I think, be in the interest of justice to accept the proposition of the majority in the Alberta Court of Appeal that would prevent an accused from ascertaining independently of the state whether facts for such a challenge exist. No protection is afforded to a “source” whose conduct goes beyond the provision of information and acts as an “agent provocateur” or is otherwise a material witness to the crime. Both the *agent provocateur* and the material witness play an active role in criminal investigations and proceedings that goes beyond “tipping” the police. Once a police informer goes into the “field” and acts as a police agent, the informer privilege is no longer applicable to prevent disclosure of his or her identity in respect of the events in which he or she acted as an agent: *R. v. Broyles*, [1991] 3 S.C.R. 595, at pp. 607-9; *R. v. Davies* (1982), 1 C.C.C. (3d) 299 (Ont. C.A.), at p. 303; *R. v. Babes* (2000), 146 C.C.C. (3d) 465 (Ont. C.A.). This does not mean, of course, that the informer loses protection in other cases where he or she has not stepped out of the protected role.

[34] This Court in *Leipert* held that the rule of non-disclosure binds the state unless the accused can establish “a basis on the evidence for concluding that disclosure of the informer’s identity is necessary to demonstrate the innocence of the accused [M]ere speculation that the information might assist the defence is insufficient” (*per* McLachlin J., at para. 21 (emphasis added)). This is the “innocence at stake” exception to the general

autre privilège d’intérêt public) pourrait s’appliquer même en l’absence des éléments de nature contractuelle d’offre et d’acceptation. Toutefois, la question ne se pose pas eu égard aux faits de l’espèce et je ne m’y attarderai pas davantage.

[33] Il arrive de temps à autre que l’on invoque divers types de privilège en l’absence de tout fondement, et, comme le souligne l’avocat de M. Barros, il est déjà arrivé que la police revendique le privilège relatif aux indicateurs de police dans des circonstances manifestement inappropriées; voir, p. ex., *R. c. McCormack*, 2009 CanLII 76382 (C.S.J. Ont.). Selon moi, il ne serait pas dans l’intérêt de la justice de souscrire à l’affirmation des juges majoritaires de la Cour d’appel de l’Alberta, qui empêcherait tout accusé de déterminer sans le concours de l’État si les faits permettent ou non une telle contestation. Aucune protection n’est accordée à la « source » dont la conduite va au-delà de la fourniture de renseignements et qui agit comme « agent provocateur » ou est par ailleurs un témoin important du crime. L’agent provocateur et le témoin important ont tous les deux une part active dans toute enquête et procédure criminelles, et leur rôle ne se borne pas au simple fait de donner un « tuyau » à la police. À partir du moment où l’indicateur se rend sur le « terrain » et se met à agir comme un agent de la police, le privilège relatif aux indicateurs de police, qui empêcherait la divulgation de son identité, cesse de s’appliquer à l’égard des événements dans le cadre desquels il agit comme agent : *R. c. Broyles*, [1991] 3 R.C.S. 595, p. 607-609; *R. c. Davies* (1982), 1 C.C.C. (3d) 299 (C.A. Ont.), p. 303; *R. c. Babes* (2000), 146 C.C.C. (3d) 465 (C.A. Ont.). Bien entendu, cela ne veut pas dire que l’indicateur perd la protection dans les autres cas où il n’a pas outrepassé les limites de son rôle.

[34] La Cour a conclu dans l’arrêt *Leipert* que la règle de non-divulgation lie l’État, sauf si l’accusé parvient à établir que « la preuve [révèle] l’existence d’un motif de conclure que la divulgation de l’identité de l’indicateur est nécessaire pour démontrer l’innocence de l’accusé [. . .] [L]a simple supposition [que les renseignements] pourraient être utiles à la défense [est] insuffisante » (la juge McLachlin, par. 21 (je souligne)). Il s’agit là de la « démonstration

public interest obligation of the state to protect the confidentiality of informer identity. The importance of informer privilege should not be allowed to trump “the right of an individual accused to establish his or her innocence by raising a reasonable doubt as to guilt [which] has always remained paramount” (*Scott*, at pp. 995-96).

[35] The courts will enforce the privilege where it is applicable whether it is claimed or not (*Bisaillon*, at pp. 84 and 88; *Basi*, at para. 38), and, as stated, without the balancing of competing interests that applies to some other forms of privilege such as journalistic privilege, *R. v. National Post*, 2010 SCC 16, [2010] 1 S.C.R. 477, or public interest privilege generally, *Carey v. Ontario*, [1986] 2 S.C.R. 637, unless the protection is waived by the informer and the state: *Basi*, at para. 40; *Named Person*, at paras. 22-23; *Leipert*, at paras. 12-15; and *Bisaillon*, at p. 93.

[36] These general principles accommodate the rights of the accused and the interests of society and it is important that this equilibrium be retained. The argument of Mr. Barros is that the extension of informer privilege to prohibit any efforts by an accused to identify *independently of the state* the identity of the source would upset this equilibrium. I agree with that concern.

B. Was Mr. Barros Bound by Informer Privilege?

[37] The duty to protect and enforce informer privilege rests on the police, the Crown, and the courts, but we have been referred to no prior case where the duty has been extended to the accused and his or her representatives such as Mr. Barros apart from the exceptional case of inadvertent disclosure to defence counsel: see *R. v. Hirschbaltz*, 2004 SKQB 17, [2006] 1 W.W.R. 174, and R. W. Hubbard, S. Magotiaux and S. M. Duncan, *The Law of Privilege in Canada* (loose-leaf), at pp. 2-43 and 2-44. There is no authority for the proposition

de l’innocence de l’accusé », exception à l’obligation générale d’intérêt public *qui incombe à l’État* de protéger la confidentialité de l’identité de l’indicateur. L’importance du privilège relatif aux indicateurs de police ne doit pas l’emporter sur « le droit[, qui a toujours primé,] d’une personne accusée de démontrer son innocence en faisant naître un doute raisonnable au sujet de sa culpabilité » (*Scott*, p. 995-996).

[35] Les tribunaux appliqueront le privilège lorsque c’est possible de le faire, qu’il soit revendiqué ou non (*Bisaillon*, p. 84 et 88; *Basi*, par. 38), et, comme il a été mentionné, sans la pondération d’intérêts opposés qui doit être faite dans le cas de certaines autres formes de privilège, tels le privilège journalistique, *R. c. National Post*, 2010 CSC 16, [2010] 1 R.C.S. 477, ou, d’une manière générale, le privilège de l’intérêt public, *Carey c. Ontario*, [1986] 2 R.C.S. 637, à moins que l’indicateur et l’État ne renoncent à la protection : *Basi*, par. 40; *Personne désignée*, par. 22-23; *Leipert*, par. 12-15; et *Bisaillon*, p. 93.

[36] Ces principes généraux tiennent compte des droits de l’accusé et des intérêts de la société, et il est important que cet équilibre soit maintenu. L’argument de M. Barros est que l’élargissement de la portée du privilège relatif aux indicateurs de police en vue d’empêcher les accusés de faire quoi que ce soit *sans le concours de l’État* afin d’identifier des sources bouleverserait cet équilibre. Je conviens également que cette question est préoccupante.

B. M. Barros était-il lié par le privilège relatif aux indicateurs de police?

[37] C’est à la police, au ministère public et aux tribunaux qu’il incombe de protéger et d’appliquer le privilège relatif aux indicateurs de police, mais aucune jurisprudence n’a été portée à notre attention où ce devoir aurait été étendu à l’accusé et à ses représentants, comme M. Barros, sauf dans le cas exceptionnel de la divulgation par inadvertance au procureur de la défense : voir *R. c. Hirschbaltz*, 2004 SKQB 17, [2006] 1 W.W.R. 174, et R. W. Hubbard, S. Magotiaux et S. M. Duncan, *The Law of Privilege in Canada* (feuilles mobiles), p. 2-43

that the substantive rule of confidentiality means that an accused and his representatives are prohibited from attempting to identify an informant for a lawful purpose and by lawful means. From the perspective of an accused, discovery of the identity of a source, and the circumstances under which his or her information was obtained by the police, may legitimately play a role in making out a full answer and defence. There are occasions mentioned in the cases where the “source” turned out to be non-existent, wholly unreliable, or had participated in an entrapment. In *McCormack*, for example, it was held that the police had deliberately misrepresented three sources, two of whom they had instructed to act as agents and one of whom was a civilian employee of the police force, as confidential informers simply as an “investigative technique” (paras. 7-21).

[38] Informers come in all shapes and sizes, from the concerned neighbour who calls “Crime Stoppers” about alleged child abuse next door to the drug dealer or the office whistleblower. Some informers are model citizens, others not so much so; some act in the public interest while others may be driven by motives that are wholly unsavoury. The defence is entitled to do what it can to poke holes in the prosecution’s case, provided that the methods used are otherwise lawful. An accused is within his or her rights to gather whatever information may raise a reasonable doubt even where the conditions triggering the “innocence at stake” exception are not satisfied. That exception pertains to disclosure *by the state* of the informer’s identity, not to information obtained by the defence through its own resources.

[39] Criminalizing efforts by the defence to ascertain the identity of the source independently of the Crown would in many cases render illusory the right to challenge his or her “informer” status. The Crown ought not to be able to rely

et 2-44. La jurisprudence ne permet pas d’affirmer que, selon la règle de fond en matière de confidentialité, il est interdit aux accusés et à leurs représentants de tenter de découvrir l’identité d’un indicateur par des moyens licites et en vue d’atteindre un objectif légitime. Du point de vue d’un accusé, la découverte de l’identité d’une source et les circonstances dans lesquelles son information a été obtenue par la police peuvent légitimement jouer un rôle dans la préparation d’une défense pleine et entière. La jurisprudence fait état de cas où la « source » n’existait tout simplement pas, a été jugée aucunement digne de foi, ou avait participé à une provocation policière. Dans *McCormack*, par exemple, il a été conclu que la police avait fait une déclaration délibérément fausse voulant que trois sources — deux à qui elle avait ordonné d’agir comme agents et une autre qui travaillait pour elle à titre d’employé civil — étaient des indicateurs confidentiels, et ce, en tant que simple [TRADUCTION] « technique d’enquête » (par. 7-21).

[38] Il existe toutes sortes d’indicateurs, qui vont du voisin inquiet qui communique avec « Échec au crime » à propos d’un enfant qu’il croit maltraité au trafiquant de stupéfiants, en passant par l’employé dénonciateur. Certains indicateurs sont des citoyens exemplaires, d’autres le sont moins; certains agissent dans l’intérêt public alors que d’autres agissent dans des buts répugnants. La défense a le droit de faire tout ce qu’elle peut pour affaiblir la thèse de la poursuite pourvu que les méthodes qu’elle utilise soient par ailleurs licites. Tout accusé a le droit de recueillir n’importe quel renseignement susceptible de soulever un doute raisonnable quant à sa culpabilité, et ce même si les conditions à remplir pour que s’applique l’exception relative à la « démonstration de l’innocence de l’accusé » ne sont pas réunies. Cette exception a trait à la divulgation *par l’État* de l’identité de l’indicateur et non pas aux renseignements obtenus par la défense grâce à ses propres moyens.

[39] La criminalisation des efforts déployés par la défense sans le concours du ministère public afin de connaître l’identité de la source rendrait illusoire, dans plusieurs cas, le droit de contester la prétention que l’intéressé s’était vu confié le rôle

on the prohibition against disclosure by the state of allegedly privileged information to prevent an independent defence investigation that may yield information which will result in the rejection of the privilege claim itself.

[40] The majority in the court below held that apart from the “innocence at stake” exception an accused has no “right” to disclosure of a confidential informant’s identity (para. 41). This is true, but the question is not whether he has a “right” to disclosure. He certainly has a “right” under s. 7 of the *Charter* to defend himself and, generally speaking, what is not prohibited by law (or professional ethics in the case of defence counsel) is permitted.

[41] Whether an investigation has crossed a line into obstruction of justice must be determined on a case-by-case evaluation of the totality of circumstances, which may include the methods and purpose of the defence investigation, and the use to which any information obtained is put. If all the elements of the offence of obstruction are met, a bald assertion that the investigation furthers the mounting of a full answer and defence will not excuse otherwise unlawful conduct.

[42] In much the same vein, the fact that an independent investigation of a police informer is permissible (so long as it is carried out in a manner that does not cross the line into criminality) does not mean that the investigator is free to use the fruits of an investigation as he or she sees fit. Where an informant is in a position of significant danger, as is frequently the case in dealing with organized crime and drug trafficking offences, the investigation must proceed in a responsible manner with due regard to the potential of obstructing justice.

d’« indicateur ». Le ministère public ne devrait pas pouvoir invoquer l’interdiction faite à l’État de divulguer des renseignements prétendument protégés afin d’empêcher la défense de mener une enquête indépendante susceptible de lui fournir des renseignements qui mèneraient au rejet de la revendication du privilège.

[40] Les juges majoritaires de la Cour d’appel ont conclu que, mise à part l’exception relative à la [TRADUCTION] « démonstration de l’innocence de l’accusé », les accusés n’ont pas le « droit » d’obtenir la divulgation de l’identité d’indicateurs confidentiels (par. 41). C’est vrai, mais la question n’est pas de savoir s’ils jouissent de ce « droit » ou non. Ils ont certainement le « droit » de se défendre en vertu de l’art. 7 de la *Charte*, et, de façon générale, ce qui n’est pas interdit par la loi (ou par la déontologie dans le cas d’un procureur de la défense) est permis.

[41] La question de savoir si une enquête s’est muée en entrave à la justice doit être tranchée au cas par cas, sur la base d’une appréciation de l’ensemble des circonstances, ce qui peut comprendre les méthodes utilisées par la défense dans le cadre de son enquête, l’objet même de l’enquête, et l’utilisation qui a été faite des renseignements obtenus. Si tous les éléments de l’infraction d’entrave à la justice sont établis, la simple affirmation que l’enquête contribue à la présentation d’une défense pleine et entière ne pourra justifier un comportement qui autrement est illicite.

[42] Dans le même ordre d’idée, le fait qu’il soit permis de faire une enquête indépendante au sujet d’un indicateur de police (à condition que l’enquête soit menée d’une manière qui ne revêt aucun caractère criminel) ne signifie pas que l’enquêteur peut utiliser les fruits de son enquête comme bon lui semble. Dans les cas où l’indicateur est exposé à un danger important, comme cela arrive souvent lorsqu’il est question de crime organisé et d’infractions relatives au trafic de stupéfiants, il convient de mener l’enquête de façon responsable, en tenant compte de la possibilité qu’il y ait entrave à la justice.

[43] Discussions with prosecutors or police officers carry particular dangers. These individuals are bound to protect the identity of informers, and efforts to elicit information they are not permitted to disclose will not be tolerated.

[44] Accordingly, the general prohibition against defence investigation propounded in the court below is too broad, in my respectful opinion. The state will refuse to disclose any information that would tend to reveal an informer's identity, and this will be enforced in the public interest, but the defence, including in this case Mr. Barros in his function as private investigator, is not bound by any such duty in undertaking its own investigation independently of the courts and the prosecution. Of course, a lawful activity may be pursued by unlawful means or for an unlawful purpose, but that is a different issue and one that is raised on the facts of this case and to which I now turn.

C. *Obstruction of Justice*

[45] This count in the indictment was disposed of by the trial judge by way of a directed verdict. The Crown alleged that the appellant

did unlawfully and wilfully attempt to obstruct, pervert or defeat the course of justice by taking investigative steps to identify a confidential police source for the purpose of interfering with criminal proceedings against Irfan Qureshi, contrary to section 139(2) of the Criminal Code of Canada.

[46] The gist of the charge is not *just* that the appellant sought the name of the police informer, but that he did so "for the purpose of interfering with criminal proceedings", i.e. to have the charges against Qureshi dropped. This, if established, was not information gathering for a lawful purpose. Section 139 describes a crime that is complete upon proof of an attempt without the necessity of success or actual completion: *R. v. Hearn*, [1989] 2 S.C.R. 1180. The offence is framed broadly. The necessary limit is found in the obligation of the Crown to prove the mental element: *R. v. Beaudry*, 2007 SCC 5, [2007] 1 S.C.R. 190, at para. 52. There

[43] Avoir des échanges avec des procureurs ou des agents de police comporte certains dangers. Or, ces personnes sont tenues de protéger l'identité des indicateurs, et toute manœuvre tendant à leur soutirer des renseignements qu'ils n'ont pas l'autorisation de divulguer ne saurait être tolérée.

[44] En toute déférence, j'estime donc que l'interdiction générale visant les enquêtes menées par la défense que préconise la Cour d'appel est trop large. L'État refusera, dans l'intérêt public, de divulguer tout renseignement tendant à révéler l'identité d'un indicateur, mais la défense, notamment, en l'espèce, M. Barros en sa qualité d'enquêteur privé, n'est pas liée par une telle obligation alors qu'elle mène sa propre enquête indépendamment des tribunaux et de la poursuite. Bien entendu, on peut mener une activité licite en utilisant des moyens illicites ou en poursuivant un but illicite, mais il s'agit là d'une tout autre question que soulèvent les faits de l'espèce et que je vais maintenant examiner.

C. *Entrave à la justice*

[45] Ce chef d'accusation a fait l'objet d'un verdict imposé par la juge du procès. Or, le ministère public a soutenu ce qui suit au sujet de l'appellant :

[TRADUCTION] [il] a bel et bien tenté illégalement et volontairement d'entraver, de détourner ou de contrecarrer le cours de la justice en menant une enquête en vue d'identifier une source policière confidentielle dans le but de nuire aux procédures criminelles intentées contre Irfan Qureshi, et ce, en contravention du par. 139(2) du Code criminel du Canada.

[46] L'accusation ne porte pas *seulement* sur le fait que l'appellant a tenté de découvrir le nom de l'indicateur de police, mais aussi sur le fait qu'il a agi [TRADUCTION] « dans le but de nuire aux procédures criminelles », c'est-à-dire de faire retirer les accusations portées contre M. Qureshi. Si le bien-fondé de cette allégation est établi, alors la cueillette de renseignements ne visait pas un objectif légitime. Le crime prévu à l'art. 139 est considéré comme ayant été commis lorsqu'il est établi que l'accusé a tenté d'accomplir l'un ou l'autre des actes qui y sont décrits, et ce sans qu'il soit nécessaire de démontrer qu'il a atteint son objectif ou qu'il est parvenu à

was evidence against Mr. Barros that, if believed, would establish an intent to obstruct justice.

[47] The trial judge directed a verdict of acquittal on this charge because, in part

[t]he doing of a lawful act, here identifying a police informant, does not in itself constitute an obstruction of justice; at the most, it might constitute preparation for an attempt to obstruct justice if the information concerning the police informant is used in a way which tends to obstruct the administration of justice. Without more, the mere taking of investigative steps to determine the identity of an informant cannot result in an injustice or an affront to the system of justice. [para. 22]

[48] A directed verdict is not available if there is any admissible evidence, whether direct or circumstantial which, if believed by a properly charged jury acting reasonably, would justify a conviction: *R. v. Charemski*, [1998] 1 S.C.R. 679, at paras. 1-4; *R. v. Bigras*, 2004 CanLII 21267 (Ont. C.A.), at paras. 10-17. Whether or not the test is met on the facts is a question of law which does not command appellate deference to the trial judge. An error of law grounds a Crown appeal under s. 676 of the *Criminal Code*.

[49] In my view, the trial judge erred in directing a verdict of acquittal on this charge. In characterizing the conduct of Mr. Barros as mere “preparation”, the trial judge failed to take into account the entire chain of events. There *was* evidence which, if believed, went far beyond the preparation stage. As Slatter J.A. pointed out, once Mr. Barros thought he had discovered the informer’s identity, he set up a meeting with Sgt. Brezinski to explain his “dilemma”, namely that if the charges were not dropped, Mr. Barros would “be forced to

commettre l’acte en question : *R. c. Hearn*, [1989] 2 R.C.S. 1180. L’infraction est définie de façon large. La limite qu’il convient d’y imposer se trouve dans l’obligation du ministère public de prouver l’élément mental : *R. c. Beaudry*, 2007 CSC 5, [2007] 1 R.C.S. 190, par. 52. Or, il existe des preuves contre M. Barros qui, si on leur ajoutait foi, établiraient l’intention d’entraver la justice.

[47] La juge du procès a imposé un verdict d’acquittement relativement à ce chef d’accusation, notamment pour les motifs suivants :

[TRADUCTION] L’accomplissement d’un acte légitime, en l’occurrence l’identification d’un indicateur de police, ne constitue pas en soi une entrave à la justice; il constitue tout au plus un préparatif en vue de faire une tentative d’entrave à la justice si les renseignements concernant l’indicateur de police sont utilisés d’une manière qui tend à entraver l’administration de la justice. La simple enquête visant à déterminer l’identité d’un indicateur ne saurait à elle seule résulter en une injustice ou une atteinte au système de justice. [par. 22]

[48] Le juge ne peut imposer un verdict s’il existe un quelconque élément de preuve directe ou circonstancielle admissible qui, s’il était accepté par un jury correctement instruit agissant de manière raisonnable, justifierait une déclaration de culpabilité : *R. c. Charemski*, [1998] 1 R.C.S. 679, par. 1-4; *R. c. Bigras*, 2004 CanLII 21267 (C.A. Ont.), par. 10-17. La question de savoir si le critère juridique est satisfait eu égard aux faits est une question de droit qui ne commande pas, en appel, de déférence envers le juge du procès. Selon l’article 676 du *Code criminel*, le ministère public peut introduire un recours devant la cour d’appel si une erreur de droit a été commise.

[49] Selon moi, la juge du procès a commis une erreur en imposant un verdict d’acquittement relativement à cette accusation. En qualifiant le comportement de M. Barros de simple « préparation », la juge du procès a omis de prendre en compte la suite des événements dans son ensemble. Il *existait* certains éléments de preuve qui, si on y avait ajouté foi, auraient établi que le comportement de l’intéressé allait bien au-delà de la simple préparation. Comme le juge Slatter l’a souligné, dès que M. Barros a conclu qu’il avait découvert l’identité de

write a letter to [his instructing counsel] outlining his investigation”, and whatever counsel did with that information would be up to him (R.R., vol. I, at pp. 50-56, and vol. IV, at p. 22). Mr. Barros pointed out to the Edmonton police officers that his invariable experience was that in these circumstances, the charges would be stayed. He also noted that his retaining counsel had actually used such information in the past to obtain a stay of charges. He regarded it as a proper and available *modus operandi* for the defence.

[50] While I do not agree with the Court of Appeal that “undermining the privilege by attempting to identify an informer *prima facie* amounts to obstruction” (para. 68), I do agree that a trier of fact might reasonably conclude that the evidence in *this* case taken as a whole, if believed, demonstrated an intent to obstruct unlawfully the trial on the merits of the charges against Qureshi.

[51] I conclude that to direct a verdict of acquittal on the obstruction of justice charges was an error of law justifying a new trial.

D. *Extortion to Obtain Withdrawal of Charges Against Qureshi*

[52] It is common ground that no appeal lies from the trial judge’s acquittal of Mr. Barros on the extortion charges except on a question of law; see s. 676(1)(a) of the *Criminal Code*; *R. v. Graveline*, 2006 SCC 16, [2006] 1 S.C.R. 609. Although in *R. v. Biniaris*, 2000 SCC 15, [2000] 1 S.C.R. 381, the Court held that the reasonableness of a conviction raised an issue of law (“[w]hether a conviction can be said to be unreasonable, or not supported by the evidence, imports in every case the application of a legal standard” (para. 23)), there is no corresponding right of the Crown to appeal what it considers

l’indicateur, il a organisé une rencontre avec le sergent Brezinski pour lui exposer son « dilemme », à savoir que si les accusations n’étaient pas retirées, il se verrait alors [TRADUCTION] « dans l’obligation d’écrire une lettre [à l’avocat qui avait retenu ses services] pour lui décrire l’enquête qu’il avait faite », et que ce dernier pourrait utiliser ces renseignements comme bon lui semblait (d.i., vol. I, p. 50-56, et vol. IV, p. 22). M. Barros a mentionné aux agents de la police d’Edmonton que, selon son expérience, les accusations étaient invariablement suspendues dans de telles circonstances. Il a également souligné que son avocat s’était déjà servi de tels renseignements dans le passé afin d’obtenir une suspension des accusations portées contre son client. Selon lui, la défense pouvait légitimement agir ainsi.

[50] Bien que je ne sois pas d’accord avec la Cour d’appel que [TRADUCTION] « miner le privilège en tentant d’identifier un indicateur constitue à première vue une entrave à la justice » (par. 68), je conviens qu’un juge des faits pourrait raisonnablement conclure qu’en l’espèce l’ensemble de la preuve, si on y ajoute foi, démontre une intention de faire illégalement entrave à l’instruction sur le fond des accusations portées contre M. Qureshi.

[51] Je conclus que l’imposition d’un verdict d’acquittal relativement aux accusations d’entrave à la justice constituait une erreur de droit justifiant la tenue d’un nouveau procès.

D. *Extorsion visant à obtenir le retrait des accusations portées contre M. Qureshi*

[52] Nul ne conteste qu’on ne puisse en appeler de l’acquittal de M. Barros prononcé par la juge du procès relativement aux accusations d’extorsion, sauf sur une question de droit; voir l’al. 676(1)(a) du *Code criminel*; *R. c. Graveline*, 2006 CSC 16, [2006] 1 R.C.S. 609. Bien que la Cour ait conclu, dans *R. c. Biniaris*, 2000 CSC 15, [2000] 1 R.C.S. 381, que le caractère raisonnable d’une *déclaration de culpabilité* soulevait une question de droit (« [l]a question de savoir si on peut dire qu’une déclaration de culpabilité est déraisonnable ou ne s’appuie pas sur la preuve même, dans chaque cas, à l’application

to be an unreasonable *acquittal*, as Arbour J. made clear in *Biniaris* itself, at para. 32:

There can be no suggestion that the Crown's right of appeal at first instance is being enlarged or expanded to include "unreasonable acquittals" as a result of the determination that the reasonableness of a verdict is a "question of law" as well as a "question of law alone". As before, the Crown is barred from appealing an acquittal on the sole basis that it is unreasonable, without asserting any other error of law leading to it.

However, if a trial judge misdirects himself or herself on the law to be applied to the facts, an error of law will be committed sufficient to ground a Crown appeal under s. 676; see *R. v. B. (G.)*, [1990] 2 S.C.R. 57:

... the essential caveat [is] that the "misapprehension" or "lack of appreciation" of the relevant evidence must have been the result of the trial judge's misdirection of himself or herself as to the applicable law . . . [p. 75]

I share the view of Slatter J.A. that the trial judge misdirected herself in this case on the *legal* character of the "threats, accusations, menaces or violence" as well as other elements of the offence necessary to support a conviction. *

[53] Extortion requires the Crown to establish beyond a reasonable doubt (i) that the accused has induced or attempted to induce someone to do something or to cause something to be done; (ii) that the accused has used threats, accusations, menaces or violence; (iii) that he or she has done so with the intention of obtaining something by the use of threats; and (iv) that either the use of the threats or the making of the demand for the thing sought to be obtained was without reasonable justification or excuse: see *R. v. Ntarelli*, [1967] S.C.R. 539; D. Watt, *Watt's Manual of Criminal Jury Instructions* (2005).

[54] Of particular pertinence in *Ntarelli* is the instruction by Cartwright J. (later Chief Justice),

d'une norme juridique » (par. 23)), le ministère public ne jouit pas d'un droit corrélatif d'en appeler de ce qu'il estime être un *acquiescement* déraisonnable. Comme l'a dit clairement la juge Arbour dans *Biniaris*, au par. 32 :

On ne saurait laisser entendre que, de prime abord, le droit d'appel du ministère public est élargi de manière à viser les « acquiescements déraisonnables » en raison de la décision que le caractère raisonnable d'un verdict est à la fois une « question de droit » et une « question de droit seulement ». Comme c'était le cas auparavant, il est interdit au ministère public d'en appeler d'un verdict d'acquiescement pour la seule raison qu'il est déraisonnable, sans invoquer quelque autre erreur de droit à l'origine de ce verdict.

Toutefois, si le juge du procès se méprend quant au droit applicable aux faits, il aura commis une erreur de droit suffisante pour justifier le dépôt d'un appel de la part du ministère public en vertu de l'art. 676; voir *R. c. B. (G.)*, [1990] 2 R.C.S. 57 :

... l'élément essentiel que la « mauvaise compréhension » ou « l'absence d'appréciation » de la preuve pertinente doit avoir résulté de l'application de considérations erronées du juge du procès quant au droit applicable . . . [p. 75]

Je partage l'avis du juge Slatter que la juge du procès s'est trompée dans la façon dont elle a qualifié, sur le plan *juridique*, les [TRADUCTION] « menaces, accusations ou violence » ainsi que d'autres éléments de l'infraction nécessaires pour justifier une déclaration de culpabilité.

[53] Pour prouver qu'il y a eu extorsion, le ministère public doit établir hors de tout doute raisonnable que (i) l'accusé a induit ou tenté d'induire quelqu'un à accomplir ou à faire accomplir quelque chose, (ii) qu'il a eu recours à des menaces, des accusations, ou de la violence, (iii) qu'il a agi de la sorte avec l'intention d'obtenir ce quelque chose par recours à des menaces, et (iv) que son recours à des menaces ou sa demande faite en vue d'obtenir ce quelque chose était sans justification ou excuse raisonnable : voir *R. c. Ntarelli*, [1967] R.C.S. 539; D. Watt, *Watt's Manual of Criminal Jury Instructions* (2005).

[54] Ce qui est particulièrement pertinent dans *Ntarelli*, c'est que le juge Cartwright (plus tard

speaking for the Court, that “one item in the accused’s course of conduct” is not to be isolated, but taken in the context of the “course of conduct considered in its entirety” (p. 546). Although Cartwright J. was speaking in relation to whether the conduct was “justifiable or excusable”, his observation applies with equal force to all of the elements of the charge of extortion.

[55] The need to view the conduct of the accused in its entirety and in context was further addressed by the Ontario Court of Appeal in *R. v. Alexander* (2005), 206 C.C.C. (3d) 233, leave to appeal refused, [2006] 1 S.C.R. v. It was argued in that case that extortion was not made out because the “threats”, however distasteful, were not themselves unlawful. Doherty J.A. commented:

When an accused charged with extortion has used threats in an attempt to collect a legitimate debt, the trier of fact must consider all of the circumstances, including the nature of the threat and the nature of the demand, to determine whether the Crown has proved beyond a reasonable doubt that there was no reasonable justification or excuse for the threat. [para. 84]

(See also *R. v. Royz* (2008), 248 O.A.C. 361.)

The Crown’s position is that the trial judge failed to consider the relevant events in context and misapplied the proper legal test. In the result, it argues, her analysis was flawed by a series of *legal* errors.

[56] Count 2 of the indictment alleges that the appellant

did, without reasonable justification or excuse and with intent to obtain an end to criminal proceedings against Irfan Qureshi, by threats, accusations, menaces or violence induce or attempt to induce Detective Kevin Brezinski to take steps to cease criminal proceedings against Irfan Qureshi

Juge en chef) a souligné, s’exprimant au nom de la Cour, qu’il ne faut pas considérer isolément [TRADUCTION] « un aspect particulier du comportement de l’accusé », mais plutôt l’examiner dans le contexte de « l’ensemble du comportement » (p. 546). Même si le juge Cartwright traitait de la question de savoir si le comportement était « justifiable ou excusable », son observation s’applique avec autant de force à l’ensemble des éléments de l’accusation d’extorsion.

[55] La nécessité d’examiner le comportement de l’accusé dans son ensemble et en contexte a été examinée davantage par la Cour d’appel de l’Ontario dans *R. c. Alexander* (2005), 206 C.C.C. (3d) 233, demande d’autorisation d’appel refusée, [2006] 1 R.C.S. v. On prétendait dans cette affaire que l’extorsion n’avait pas été établie parce que les « menaces », aussi répugnantes étaient-elles, n’étaient pas elles-mêmes illégales. Le juge Doherty a affirmé ce qui suit :

[TRADUCTION] Dans le cas où la personne accusée d’extorsion a eu recours à des menaces en vue de recouvrer une créance légitime, le juge des faits doit examiner l’ensemble des circonstances, notamment la nature de la menace et celle de la demande, pour déterminer si le ministère public a prouvé hors de tout doute raisonnable que l’accusé a fait les menaces sans justification ou excuse raisonnable. [par. 84]

(Voir également *R. c. Royz* (2008), 248 O.A.C. 361.)

Le ministère public soutient que la juge du procès n’a pas examiné les événements pertinents dans leur contexte et qu’elle a mal appliqué le critère juridique approprié. Par conséquent, soutient-il, son analyse était entachée d’une série d’erreurs *de droit*.

[56] Le deuxième chef d’accusation mentionne ce qui suit au sujet de l’appellant :

[TRADUCTION] . . . a, par menaces, accusations ou violence, sans justification ou excuse raisonnable et avec l’intention d’obtenir que les procédures criminelles intentées contre M. Irfan Qureshi soient abandonnées, induit ou tenter d’induire le détective Kevin Brezinski à prendre des mesures en vue d’obtenir l’arrêt des procédures criminelles intentées contre M. Irfan Qureshi

[57] The trial judge concluded that Mr. Barros had not engaged in conduct prohibited by s. 346 and thus “since in my view there were no threats, of course the third element [*mens rea*] also is not proved” (A.R., at p. 12). Her conclusion regarding the intent of Mr. Barros was therefore linked to her view of what constitutes a “threat” in law.

[58] In my respectful view, the trial judge made two errors of law that vitiate her verdict of acquittal on this count:

- (i) she failed to consider elements of the conduct of Mr. Barros in the context of his entire course of behaviour, contrary to *Natarelli*;
- (ii) she adopted an erroneously narrow view of what conduct is in law *capable* of constituting a threat or menace. In what can be taken as a summary of her approach to this branch of the case she stated that “it is not every pressure that qualifies as the threat that is meant in the Parliament’s definition of ‘extortion’” (A.R., at p. 12 (emphasis added)).

(i) The Appellant’s Conduct

[59] The first task is to identify the “something” sought by Mr. Barros by alleged threats or menaces and the person from whom this was sought. The indictment identifies the “something” as obtaining “an end to criminal proceedings against Irfan Qureshi” and accuses the appellant of seeking to obtain this by inducing or attempting “to induce Detective Kevin Brezinski to take steps” to withdraw the charges against Qureshi. This is alleged to have happened during the golf course meeting of May 6. Because this is closely related to the alleged use of threats by Mr. Barros, I will now turn to that point.

[57] Selon la juge du procès, M. Barros ne s’était pas conduit de façon prohibée par l’art. 346, ce qui l’a amenée à tirer la conclusion suivante : [TRADUCTION] « comme je suis d’avis qu’aucune menace n’a été proférée, il va de soi que le troisième élément [la *mens rea*] n’a pas non plus été établi » (d.a., p. 12). Sa conclusion concernant l’intention de M. Barros était donc liée à sa conception de ce qui constitue une « menace » en droit.

[58] En toute déférence, j’estime que la juge du procès a commis deux erreurs de droit qui vicient son verdict d’acquiescement relativement à ce chef :

- (i) elle a omis de prendre en compte certains des actes posés par M. Barros dans le contexte de l’ensemble de son comportement, et ce, contrairement à ce qui est préconisé dans *Natarelli*;
- (ii) elle a adopté à tort un point de vue étroit quant à savoir quel comportement *peut*, en droit, constituer une menace. Dans ce que l’on peut considérer comme un résumé de son approche à l’égard de cet aspect du dossier, elle a affirmé que [TRADUCTION] « les pressions ne peuvent pas toutes être qualifiées de menace au sens de la définition d’“extorsion” prévue par le législateur » (d.a., p. 12 (je souligne)).

(i) Le comportement de l’appellant

[59] La première étape consiste à identifier, d’une part, la « chose » que M. Barros cherchait à obtenir en proférant les menaces qui lui sont reprochées et, d’autre part, la personne à qui il l’a demandée. L’acte d’accusation mentionne que cette « chose » est [TRADUCTION] « l’arrêt des procédures criminelles intentées contre M. Irfan Qureshi », et il reproche à l’appellant d’avoir cherché à l’obtenir en induisant ou en tentant « d’induire le détective Kevin Brezinski à prendre des mesures » en vue de retirer les accusations portées contre M. Qureshi. Cela se serait produit au cours de la rencontre du 6 mai au terrain de golf. Puisque cela est intimement lié aux menaces que M. Barros aurait proférées, je me pencherai maintenant sur ce point.

(ii) The Appellant's Use of Threats

[60] It is true that Mr. Barros did not come right out and say that if the police did not drop the charges against Qureshi the “source” would suffer bad consequences. On the other hand, the law does not require the person accused of extortion to act clumsily and without subtlety. What is required is that the message be sent in words definite enough to convey to a person of ordinary intelligence *in the position of Sgt. Brezinski*, taking into account his shared police background with Mr. Barros, a threat of harm to his “secret source” if the prosecution was not ended. The trial judge was not prepared to view the alleged threat of Mr. Barros in this broader context. She stated:

With respect to dropping the charges, in particular, there was no request made, not even Brezinski said so, that Barros asked for the charges to be dropped. The dropping of the charges was an interpretation that Brezinski made of Barros' intention in raising the issue of the informant with Brezinski. [A.R., at p. 10]

[61] The key element, as the Court recognized in *R. v. Davis*, [1999] 3 S.C.R. 759, is the relationship between the alleged threats, etc. and the complainant's freedom of choice:

Extortion criminalizes intimidation and interference with freedom of choice. It punishes those who, through threats, accusations, menaces, or violence induce or attempt to induce their victims into doing anything or causing anything to be done. . . . [T]he victim may be coerced into doing something he or she would otherwise have chosen not to do. [References omitted; para. 45.]

Accordingly, a veiled reference may constitute a threat if it is sufficient, in light of all the circumstances, to convey to the complainant the consequences which he or she fears or would prefer to avoid: *R. v. McClure* (1957), 22 W.W.R. 167 (Man. C.A.), at p. 172. The courts have elsewhere adopted a similar contextual interpretation: *R. v. Hodson*, 2001 ABCA 111, 92 Alta. L.R. (3d) 262, at paras. 11-13; *R. v. Pelletier* (1992), 71 C.C.C. (3d) 438 (Que. C.A.).

(ii) Le recours par l'appelant à des menaces

[60] Il est vrai que M. Barros n'a pas affirmé d'emblée que si la police ne retirait pas les accusations portées contre M. Qureshi, la « source » en subirait les conséquences. Par contre, la loi n'exige pas que la personne accusée d'extorsion agisse maladroitement, sans faire preuve d'aucune subtilité. Ce qu'il faut, c'est que le message soit formulé en paroles suffisamment claires pour faire comprendre à une personne d'intelligence moyenne se trouvant *dans la situation du sergent Brezinski*, sachant que ce dernier et M. Barros partageaient les mêmes antécédents professionnels, que sa « source secrète » risquerait de subir un préjudice s'il n'était pas mis fin à la poursuite. La juge du procès n'était pas disposée à examiner les menaces reprochées à M. Barros dans ce contexte plus large. Elle a déclaré ce qui suit :

[TRADUCTION] Pour ce qui est notamment du retrait des accusations, aucune demande n'a été faite — Brezinski lui-même n'en a pas parlé — de la part de Barros en vue d'obtenir que les accusations soient retirées. Le retrait des accusations était une interprétation que Brezinski faisait du but qui animait Barros lorsque ce dernier a soulevé la question de l'indicateur. [d.a., p. 10]

[61] L'élément clé, comme la Cour l'a reconnu dans *R. c. Davis*, [1999] 3 R.C.S. 759, est la relation qui existe entre les menaces, etc., que l'intéressé aurait proférées, et la liberté de choix du plaignant :

L'extorsion criminalise l'intimidation et l'atteinte à la liberté de choix. Elle rend passible de sanctions ceux qui, par menaces, accusations ou violence, induisent ou tentent d'induire leurs victimes à accomplir ou à faire accomplir quelque chose. [. . .] [La victime] peut être forcée de faire ce que, autrement, elle aurait choisi de ne pas faire. [Renvois omis; par. 45.]

Par conséquent, une allusion voilée peut constituer une menace si, compte tenu de l'ensemble des circonstances, elle suffit à informer le plaignant des conséquences qu'il redoute ou préférerait éviter : *R. c. McClure* (1957), 22 W.W.R. 167 (C.A. Man.), p. 172. Dans d'autres affaires, les tribunaux ont adopté une interprétation contextuelle similaire : *R. c. Hodson*, 2001 ABCA 111, 92 Alta. L.R. (3d) 262, par. 11-13; *R. c. Pelletier* (1992), 71 C.C.C. (3d) 438 (C.A. Qué.).

[62] The trial judge emphasized at several points the absence of an explicit demand but Mr. Barros conveyed his threat more subtly for example by referring to what had happened in other cases where an informer was identified, i.e. the charges were dropped. Mr. Barros himself readily acknowledged in his statement to the police that “[t]he Policeman’s responsibility [is] to protect the source. I’ve gone through that, I’ve lost major cases [because] of having to protect my source” (R.R., vol. IV, at p. 35).

[63] The trial judge took a functional approach to the existence of a threat, i.e. “whatever is communicated must be definite enough that a person of ordinary intelligence would understand it as a threat of injury” (A.R., at p. 11). What is “definite enough” will depend on the context. Having stated the test, however, the trial judge demonstrably failed to apply it. She talked the talk but demonstrably failed to walk the walk. Nowhere in the section of her reasons rejecting the existence of “threats” does she refer to *any* of the factual context at all. Instead, the trial judge looked at dictionary definitions of the words “threat” and “menace” which described them as “a determination or disposition to inflict an evil or injury on another person”, or a “declaration of hostile determination or of loss, pain, punishment or damage to be inflicted in retribution for or conditionally upon some course”. There was, it is true, no such “hostile declaration”. Nor, as a matter of law, was one required.

[64] The question was, as a matter of law, what would a reasonable person in the position of Sgt. Brezinski understand? The recipient of the message, Sgt. Brezinski, testified that he understood well enough the agenda being pursued by Mr. Barros — “not specific words, but the situation” (R.R., vol. I, at p. 95). The message had been received and, to Sgt. Brezinski, its meaning was said to be unmistakable. A refusal to drop the charges would put at

[62] La juge du procès a souligné à plusieurs reprises qu’aucune demande explicite n’avait été faite, M. Barros ayant proféré sa menace de façon plus subtile, par exemple en mentionnant ce qui s’était produit dans d’autres cas où un indicateur avait été identifié, à savoir que les accusations avaient été retirées. M. Barros a lui-même reconnu sans hésitation, dans sa déclaration à la police, que [TRADUCTION] « [l]’agent de police a le devoir de protéger la source. J’ai déjà été dans cette situation. J’ai perdu des causes importantes [parce que] je devais protéger ma source » (d.i., vol. IV, p. 35).

[63] La juge du procès a adopté une approche fonctionnelle pour établir l’existence d’une menace, c.-à-d. que [TRADUCTION] « le message doit être suffisamment clair pour qu’une personne d’intelligence moyenne le considère comme une menace de blessure » (d.a., p. 11). Ce qui est « suffisamment clair » est tributaire du contexte. La juge du procès a énoncé le critère, mais elle a manifestement omis de l’appliquer. Elle s’est prononcée, mais elle a manifestement omis de passer de la parole aux actes. Elle ne mentionne *aucunement* le contexte factuel dans la partie des motifs où elle rejette l’existence de « menaces ». La juge du procès a plutôt consulté des dictionnaires pour connaître la définition de « *threat* » et celle de « *menace* », et a constaté que ces termes y sont décrits comme étant [TRADUCTION] « une détermination ou disposition à faire du mal à une autre personne ou à la blesser » ou une [TRADUCTION] « déclaration faisant état d’une détermination hostile ou d’une perte, d’une douleur, de représailles ou de dommages à venir pour punir une certaine ligne de conduite ou conditionnels à cette dernière ». Il est vrai que, en l’espèce, une telle « déclaration hostile » n’a pas été faite. En droit, il n’est pas nécessaire qu’il y en ait eu une.

[64] La question qui se posait, en droit, était de savoir ce que comprendrait la personne raisonnable se trouvant dans la situation du sergent Brezinski. La personne qui a reçu le message, en l’occurrence le sergent Brezinski, a témoigné qu’il avait bien compris ce que M. Barros cherchait à obtenir, [TRADUCTION] « non pas en raison de mots précis, mais compte tenu de la situation » (d.i., vol. I, p. 95). Le message avait été reçu et, selon le sergent

risk disclosure of his source, and at least the potential of retaliation.

[65] In my respectful view, the trial judge erred in law in concluding that the indirect suggestions and veiled references put forward by Mr. Barros did not in the circumstances here “qualify”, as a matter of law, as “threats” for the purpose of the extortion offence. Elsewhere in her reasons, the trial judge found as facts that Mr. Barros told Sgt. Brezinski that he knew “for sure who the source was” (A.R., at p. 16), and noted Sgt. Brezinski’s testimony that “he felt that his back was against the wall” (p. 15). She observed “there is no doubt that Barros knew from his background what kinds of things would probably be going through Brezinski’s mind as the topic of an informant came up” (p. 15). Moreover, she emphasized the statement of Mr. Barros, heavy with portent, that “[w]e don’t want to get anyone hurt here” (p. 17). “[T]he evidence establishes”, she wrote, “that Barros knew as well as anyone, much better than the Court, for example, how dangerous it would be in these circumstances for the identity of an informant to be revealed” (p. 16).

[66] It was said that an acquittal on this count may well appear surprising in light of the uncontested evidence before the trial judge, but, in my view, “the surprise” is readily explained by the trial judge’s misapprehension as to what in law is required to establish “threats” for the purpose of the extortion offence, and in particular her failure to weigh what was (and was not) said in the context of the whole relationship between the individuals concerned.

(iii) The Appellant’s Intent

[67] As stated, it was the trial judge’s view that because she had concluded that there were no threats, accusations, menaces or violence within the scope of s. 346 then “of course the third element [a

Brezinski, il était très clair. Le refus de retirer les accusations risquait de compromettre l’anonymat de sa source et indiquait qu’à tout le moins il pourrait y avoir des représailles.

[65] En toute déférence, j’estime que la juge du procès a commis une erreur de droit en concluant que les insinuations indirectes et les allusions voilées de M. Barros ne pouvaient, dans les circonstances de la présente affaire, « être qualifiées », en droit, de « menaces » permettant d’établir que l’infraction d’extorsion a été commise. La juge du procès a aussi conclu ailleurs dans ses motifs que M. Barros avait dit au sergent Brezinski qu’il connaissait [TRADUCTION] « avec certitude l’identité de la source » (d.a., p. 16), et elle a fait remarquer que ce dernier avait témoigné qu’« il croyait être accusé au pied du mur » (p. 15). Toujours selon la juge du procès, « il n’y a aucun doute que M. Barros savait, étant donné ses antécédents, ce qui traverserait probablement l’esprit du sergent Brezinski lorsque le sujet de l’indicateur serait abordé » (p. 15). En outre, elle a souligné l’affirmation suivante de M. Barros, qui était lourde de sens : « Nous ne souhaitons faire de mal à personne » (p. 17). « [L]a preuve établit », selon elle, « que M. Barros savait mieux que quiconque, du moins bien mieux que la Cour, à quel point il était dangereux dans ces circonstances de révéler l’identité d’un indicateur » (p. 16).

[66] On a dit qu’un acquittement relativement à ce chef pourrait fort bien paraître surprenant compte tenu de la preuve incontestée qui a été présentée à la juge du procès, mais, selon moi, « la surprise » s’explique facilement par le fait que la juge du procès a mal compris ce qui est nécessaire, en droit, pour établir les « menaces » en vue de prouver l’infraction d’extorsion et, plus particulièrement, par son omission de soupeser ce qui a été dit (ou non) dans le contexte de l’ensemble de la relation entre les intéressés.

(iii) L’intention de l’appelant

[67] Comme je l’ai déjà dit, la juge du procès était d’avis que parce qu’elle avait conclu à l’absence de « menaces, accusations ou violence » au sens de l’art. 346, [TRADUCTION] « il [va] de soi que le

culpable intent] also is not proved” (A.R., at p. 12). As I conclude that she erred in her *legal* analysis of the conduct of Mr. Barros, her consequential and dependent finding of his lack of the requisite intent cannot stand. I recognize, of course, that the trial judge’s reasons were given orally, and should not be parsed word for word with a nit-picking attitude. Nevertheless, her treatment of the intent of Mr. Barros in approaching the police officers at the meeting at the golf course does not survive scrutiny. She stated that it had

either something to do with bail, clearly something to do with warning the police that information was available in the community and to Mr. Qureshi potentially about who the informant was so that the police could take that into account. [Emphasis added; A.R., at p. 10.]

In short, whatever else he intended, the trial judge found that Mr. Barros *intended* his declaration of knowledge of the identity of the confidential informer to influence police decision making.

[68] The trial judge’s reference to “something to do with bail” is mystifying. She had earlier (as noted by Slatter J.A., at para. 82) intervened during the proceedings to say that there was

no factual foundation for raising a question with respect to asking the witness about bail. Bail is not relevant.

... there is the evidence from the witness [Sgt. Brezinski] that this had nothing -- my recollection of the evidence, again you’ll correct me where I’m wrong -- the witness said this golf course conversation had nothing to do with bail.

[69] More pertinent is her finding that the objective of Mr. Barros was “clearly” to tell the police that information about the informer’s identity was “available in the community” and that the police “[sh]ould take that into account” (A.R., at p. 10). She then discussed potential police responses.

troisième élément [une intention coupable] n’[a] pas non plus été établi » (d.a., p. 12). Puisque je conclus qu’elle a commis une erreur dans son analyse *juridique* du comportement de M. Barros, je ne peux maintenir la conclusion qu’elle en a forcément tirée, à savoir que ce dernier n’avait pas l’intention requise. Bien entendu, je reconnais que la juge du procès a exposé ses motifs oralement et qu’il ne convient pas de les scruter à la loupe, dans un esprit pointilleux. Néanmoins, son analyse du but qui animait M. Barros lorsqu’il s’est adressé aux agents de police lors de la rencontre sur le terrain de golf ne résiste pas à un examen poussé. La juge du procès a déclaré ce qui suit :

[TRADUCTION] [son but] avait peut-être quelque chose à faire avec le cautionnement, il consistait clairement à avertir la police que des renseignements circulaient au sein de la collectivité, et il se rapportait peut-être aussi à M. Qureshi en ce qui concerne l’identité de l’indicateur, et ce afin que la police puisse tenir compte de cet élément. [Je souligne; d.a., p. 10.]

En résumé, peu importe ce que M. Barros avait d’autre à l’esprit, la juge du procès a conclu que ce dernier *souhaitait* que sa déclaration selon laquelle il connaissait l’identité de l’indicateur confidentiel influence les décisions de la police.

[68] Les mots « quelque chose à faire avec le cautionnement » sont étranges car, avant de les prononcer, la juge du procès est intervenue au cours du procès (comme l’a souligné le juge Slatter, au par. 82) pour déclarer ce qui suit :

[TRADUCTION] ... aucun fondement factuel ne permet d’interroger le témoin au sujet du cautionnement. Le cautionnement n’est pas pertinent.

... le témoin [le sergent Brezinski] a déposé que cela n’avait rien -- si je me souviens bien du témoignage, corrigez-moi si je fais erreur -- le témoin a affirmé que cette conversation au terrain de golf n’avait rien à voir avec le cautionnement.

[69] Sa conclusion que l’objectif de M. Barros était « clairement » de dire à la police que des renseignements concernant l’identité de l’indicateur [TRADUCTION] « circulaient au sein de la collectivité » et que la police « [devrait] tenir compte de cet élément » (d.a., p. 10) est davantage pertinente.

“[T]he police were perhaps going to drop the charges” or “they would have done other things, as indeed turned out to be the case”, or “nothing” (A.R., at p. 10). It is important not to conflate the intent of Mr. Barros which is the legally relevant element, with the possible police responses, which were beyond the control of Mr. Barros and were not legally relevant to *his* intent. As there is to be a new trial on this count, I say no more about this element of the case.

(iv) Reasonable Justification or Excuse

[70] As to the absence of any reasonable justification or excuse, the trial judge accepted at face value the explanation of Mr. Barros that he was trying to be helpful to the police rather than menacing:

The evidence establishes that while Barros said that he knew, he knew for sure who the source was, there was no threat on Barros’ part to reveal the identity of the informant to anyone. Indeed, the evidence establishes that Barros knew as well as anyone, much better than the Court, for example, how dangerous it would be in these circumstances for the identity of an informant to be revealed.

... Barros said, We don’t want to get anyone hurt here. And that appears to me to be the case, that Barros was doing what he was doing in an effort to try and make sure that no one would get hurt there. [A.R., at pp. 16-17]

[71] It is true that Mr. Barros said in his statement to the police that he and defence counsel “[did not] want anybody to get hurt”. He told the police that “I went to Brezinski to prevent that [hurt] from happening or to prevent the possibility of that happening”. However, here again the trial judge, with respect, ignored the *legal* requirement to view the individual pieces of evidence in the context of the case “in its entirety” (*Natarelli*, at p. 546) and to take into consideration “all of the circumstances”

Elle a ensuite traité des diverses façons dont la police pouvait réagir aux propos de M. Barros. [TRADUCTION] « [L]a police allait peut-être retirer les accusations » ou « elle allait faire autre chose, ce qui, en fait, s’est produit », ou encore elle ne ferait « rien » du tout (d.a., p. 10). Il importe de ne pas confondre l’intention de M. Barros, qui est l’élément pertinent sur le plan juridique, avec les diverses façons dont la police pouvait réagir à ses propos, lesquelles échappaient au contrôle de M. Barros et n’avaient aucune pertinence sur le plan juridique en ce qui concerne *son intention à lui*. Puisque ce chef d’accusation fera l’objet d’un nouveau procès, je ne m’attarderai pas davantage sur cet aspect de l’affaire.

(iv) Justification ou excuse raisonnable

[70] En ce qui concerne l’absence de justification ou d’excuse raisonnable, la juge du procès a ajouté foi à l’explication de M. Barros selon laquelle il tentait d’aider la police plutôt que de lui faire des menaces :

[TRADUCTION] Il ressort de la preuve que même s’il affirmait savoir avec certitude qui était la source, Barros ne menaçait pas de révéler l’identité de l’indicateur à qui que ce soit. En effet, la preuve démontre que Barros savait aussi bien que quiconque, et beaucoup mieux que la Cour, par exemple, à quel point il était dangereux dans ces circonstances de révéler l’identité de l’indicateur.

... Barros a dit, nous ne souhaitons faire de mal à personne. Et il me semble que c’est le cas, que Barros faisait ce qu’il faisait dans le but de veiller à ce que l’on ne fasse de mal à personne. [d.a., p. 16-17]

[71] Il est vrai que M. Barros a affirmé dans sa déclaration à la police que ni lui, ni le procureur de la défense [TRADUCTION] « ne souhaitaient que l’on fasse du mal à qui que ce soit ». Il a dit à la police avoir « rencontré Brezinski afin d’empêcher que ne survienne [un préjudice] ou d’écarter cette possibilité ». Cependant, j’estime en toute déférence que la juge du procès a omis, encore une fois, de respecter l’obligation *juridique* qui lui incombaient de soupeser les divers éléments de preuve en

(*Alexander*, at para. 84), leading up to and including the crucial meeting at the golf club.

[72] It is evident that I read the trial judge's reasons on this extortion count very differently than my colleague Fish J. I cannot agree with my colleague's interpretation even giving the trial judge's reasons the most favourable interpretation. For example, my colleague argues that in relation to this fourth element ("reasonable justification or excuse"), the trial judge did instruct herself "to consider the accused's entire course of conduct" (para. 90). However, my colleague's citations are on context drawn entirely from the trial judge's discussion of that fourth element, and the problem, in my view, is that she failed to apply the same contextual approach in dealing with the *other* elements of the extortion offence. In particular, she ignored the context in assessing whether what passed between Mr. Barros and Sgt. Brezinski *could* qualify as "threats, accusations, menaces or violence" within the meaning of s. 346 of the *Criminal Code*.

[73] If Mr. Barros had not dedicated himself to identifying the informer, thereby opening up the possibility of a deal with the police to drop the charges, the police "dilemma", as Mr. Barros described it, would never have arisen.

[74] The legal test for extortion requires a court to delve below the surface of the exchanges between the accused and those whom he or she is accused of threatening, particularly where, as here, the protagonists spring from the same occupational background. Much that is understood between them need not be stated explicitly. In my respectful view, the trial judge erred in law in failing to consider the issue of the threats or menaces in the context of the conduct of Mr. Barros in its entirety and, in

tenant compte du contexte [TRADUCTION] « dans son ensemble » (*Natarelli*, p. 546) et de prendre en compte [TRADUCTION] « l'ensemble des circonstances » (*Alexander*, par. 84) qui ont mené à la rencontre cruciale qui a eu lieu au club de golf et qui ont entouré celle-ci.

[72] De toute évidence, mon interprétation des motifs de la juge du procès concernant ce chef d'extorsion diffère grandement de celle de mon collègue le juge Fish. Je ne pourrais souscrire à son interprétation même si j'interprétais les motifs de la juge du procès le plus favorablement possible. Par exemple, mon collègue soutient qu'en ce qui concerne ce quatrième élément (« justification ou excuse raisonnable ») la juge du procès s'est bien donnée comme directive [TRADUCTION] « de prendre en compte l'ensemble du comportement de l'accusé » (par. 90). Les extraits cités par mon collègue sont cependant tous tirés de l'analyse que la juge du procès a faite dans le contexte de ce quatrième élément, et le problème, selon moi, réside dans le fait qu'elle a omis d'adopter la même approche contextuelle pour examiner les *autres* éléments de l'infraction d'extorsion. Elle a notamment fait abstraction du contexte lorsqu'elle s'est demandé si les propos échangés entre M. Barros et le sergent Brezinski *pouvaient* être qualifiés de « menaces, [d']accusations ou [de] violence » au sens de l'art. 346 du *Code criminel*.

[73] Si M. Barros ne s'était pas voué à découvrir l'identité de l'indicateur, ouvrant ainsi la possibilité de s'entendre avec la police pour qu'elle retire les accusations, ce « dilemme » policier, comme l'a décrit M. Barros, ne serait jamais survenu.

[74] Selon le critère juridique applicable en matière d'extorsion, le tribunal doit fouiller en détail les échanges entre l'accusé et les personnes qu'on l'accuse d'avoir menacées, et ce surtout dans les cas où, comme en l'espèce, les protagonistes ont les mêmes antécédents professionnels. En effet, une bonne part de ce sur quoi ils s'entendent n'a pas à être énoncée explicitement. En toute déférence, j'estime que la juge du procès a commis une erreur de droit en omettant d'étudier la question des menaces

particular, of the longstanding relationship between the two men.

[75] In the result, I agree with Slatter J.A. that the trial judge committed errors of law in her analysis of the elements in the first extortion charge. The Crown is therefore entitled to appeal under s. 676(1) of the *Criminal Code*, and, in my opinion, the Crown is entitled to a new trial with respect to the golf club meeting with the police.

[76] No party to this appeal contends — or could contend — that the Crown can appeal what it may regard as an unreasonable acquittal. On the other hand, the Crown has every right to an appeal on errors of law giving rise to the acquittal. Where, as here, such errors of law are established on the record, the acquittal must be set aside, not because it is unreasonable but because the verdict is founded on legal error.

E. *Extortion to Obtain Telephone Numbers*

[77] The Crown charged in Count 3 that Mr. Barros did

without reasonable justification or excuse and with intent to obtain information regarding the identity of a confidential police source, by threats, accusations, menaces or violence induce or attempt to induce Nagman Chak, Tim Shapka, Robin Tran, Mike Kim, Mirza Kassam and others unknown to provide personal information including cellular telephone numbers . . .

Although the trial judge viewed the evidence under Count 3 through the same flawed legal lens as she applied to Count 2, there is an important difference. Leaving aside the self-exculpatory statement given to the police by Mr. Barros, in which, of course, he denied any intent to extort, the only *inculpatory* evidence from a witness on the receiving end of the threats was Mirza Kassam, who was disbelieved.

dans le contexte du comportement de M. Barros dans son ensemble, et plus particulièrement de la relation de longue date de ce dernier avec le sergent Brezinski.

[75] En conséquence, je souscris à l'opinion du juge Slatter selon laquelle la juge du procès a commis des erreurs de droit dans son analyse des éléments relatifs au premier chef d'accusation d'extorsion. Le ministère public a donc le droit, en vertu du par. 676(1) du *Code criminel*, d'interjeter appel et, selon moi, il a droit à un nouveau procès relativement à la rencontre avec la police qui a eu lieu au club de golf.

[76] Aucune des parties au pourvoi ne soutient — ni n'est en mesure de soutenir — que le ministère public peut interjeter appel d'un acquittement qu'il juge déraisonnable. En revanche, il a pleinement le droit de former un appel dans les cas où des erreurs de droit mènent à l'acquittement. Dans les cas où, comme en l'espèce, le dossier établit que de telles erreurs de droit ont été commises, il faut annuler l'acquittement, non pas parce qu'il est déraisonnable, mais parce que le verdict repose sur une erreur de droit.

E. *Extorsion en vue d'obtenir les numéros de téléphone*

[77] Au troisième chef d'accusation, le ministère public a accusé M. Barros de ce qui suit :

[TRADUCTION] . . . a, par menaces, accusations ou violence, sans justification ou excuse raisonnable et dans le but d'obtenir des renseignements concernant l'identité d'une source policière confidentielle, induit ou tenté d'induire Nagman Chak, Tim Shapka, Robin Tran, Mike Kim, Mirza Kassam et d'autres personnes inconnues à lui fournir des renseignements personnels, notamment leurs numéros de téléphone cellulaire . . .

Bien que la juge du procès ait soupesé la preuve relative au troisième chef d'accusation à travers le même prisme juridique défectueux que celui dont elle s'est servie pour le deuxième chef, il existe une différence importante. Indépendamment de la déclaration disculpatoire que M. Barros a faite à la police et dans laquelle il a évidemment nié avoir voulu faire de l'extorsion, le seul témoignage

The trial judge thus rejected the existence of any *factual* foundation to which her erroneous legal test *could* be applied.

[78] On this point, with respect, I disagree with my colleague Cromwell J. that a new trial should be ordered because “there was evidence, apart entirely from the evidence of Mr. Kassam, which could found a conviction, but which the trial judge, because of her legal error, failed to consider. That being the case, the judge’s legal error may reasonably be thought to have had a material bearing on the acquittal” (para. 107).

[79] My colleague and I are agreed that the proper test for ordering a new trial on a charge on which an accused was acquitted was set out in *Graveline*, 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 be thought, in the concrete reality of the case at hand, to have had a material bearing on the acquittal. [Emphasis added.]

See also *Vézeau v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 277, at p. 292, which requires the Crown to satisfy the court that had the errors not occurred, there would not necessarily have been an acquittal, a proposition endorsed in *R. v. Sutton*, 2000 SCC 50, [2000] 2 S.C.R. 595, at para. 2, which emphasized that “the onus is a heavy one . . . the Crown must satisfy the court with a reasonable degree of certainty”. In the present case, I do believe the trial judge’s erroneous view of the law — while fatal to the acquittal in the first extortion count — had nothing to

incriminant d’un témoin ayant reçu des menaces était celui de Mirza Kassam, lequel a été écarté. La juge du procès a donc rejeté l’existence de tout fondement *factuel* auquel son critère juridique erroné *aurait pu s’appliquer*.

[78] À cet égard, soit dit en tout respect, je suis en désaccord avec l’opinion de mon collègue le juge Cromwell, qui estime qu’il y a lieu d’ordonner la tenue d’un nouveau procès au motif que « certains éléments de preuve, qui n’avaient rien à voir avec le témoignage de M. Kassam, auraient pu fonder une déclaration de culpabilité, mais la juge du procès a omis de les prendre en considération en raison de l’erreur de droit qu’elle avait commise. Cela étant, il est raisonnable de penser que l’erreur de droit commise par la juge du procès a eu une incidence significative sur le verdict d’acquittal » (par. 107).

[79] Mon collègue et moi sommes d’accord que le critère à appliquer pour décider s’il y a lieu d’ordonner la tenue d’un nouveau procès relativement à une accusation à l’égard de laquelle la personne visée a été acquittée est celui qui se trouve énoncé dans *Graveline*, 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’edt 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 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. [Je souligne.]

Voir également *Vézeau c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 277, p. 292, qui exige que le ministère public convainque la cour que si les erreurs en cause ne s’étaient pas produites, il n’y aurait pas nécessairement eu acquittal, affirmation entérinée dans *R. c. Sutton*, 2000 CSC 50, [2000] 2 R.C.S. 595, par. 2, où il a été souligné que « cette charge est lourde et que la poursuite doit convaincre la cour avec un degré raisonnable de certitude ». En l’espèce, je crois que l’interprétation erronée du droit faite par la juge du procès — qui porte un coup fatal

do with her acquittal of Mr. Barros on the second extortion count.

[80] In approaching the evidence, the trial judge (accurately) acknowledged that, despite the fact that the charge related to a number of named and unnamed persons, “one was all that the Crown needs” and “all the Crown needs is Kassam” in relation to the “threats” issue (A.R., at p. 19). The trial judge then proceeded to find Kassam’s evidence to be wholly unreliable (A.R., at p. 19). She observed that

he has a poor memory, as he acknowledges himself, by reason of the fact that he has abused drugs and by reason of the lapse of time . . . between the events with which we are concerned and the time when Kassam came to testify. [A.R., at p. 19]

Accordingly,

when Kassam comes down to particulars, I’m of the view that his evidence cannot be relied upon. So, for example, Kassam talks about other people being there, being at these meetings, and someone wanting their telephone records. I am of the view that he is not reliable even with respect to that. [A.R., at p. 19]

Moreover, even on a review of Kassam’s evidence at face value, she “could not see any admission or any evidence from Kassam that [Kassam] knew of the efforts that were going on within I’ll call it the Qureshi group of associates to try and determine about the identity of an informant” (A.R., at pp. 19-20).

[81] In contrast to the charge related to the golf club meeting, where the trial judge did not doubt the credibility of the two police officers in attendance, there was no satisfactory factual basis on which a conviction *could* properly be registered on Count 3. Mr. Barros did not testify at trial. His 62-page statement to the police (placed in evidence) contains fewer than half a dozen pages relating to the meeting with group members. The gist of his statement (on which, of course, there was

à l’acquittement qu’elle a prononcé relativement au premier chef d’extorsion — n’avait rien à voir avec celui qu’elle a prononcé relativement au deuxième chef.

[80] En analysant la preuve, la juge du procès a reconnu (avec justesse) que même si l’accusation avait trait à un certain nombre de personnes nommées, d’une part, et de personnes non désignées nommément, d’autre part, [TRADUCTION] « le ministère public n’en avait besoin que d’une seule » et « [qu’il n’avait] besoin que de Kassam » relativement à la question des « menaces » (d.a., p. 19). La juge du procès a ensuite conclu que le témoignage de M. Kassam n’était aucunement digne de foi (d.a., p. 19). Elle a affirmé ce qui suit :

[TRADUCTION] . . . il a peu de mémoire — comme il le reconnaît lui-même — en raison du fait qu’il a consommé des drogues et en raison du temps qui s’est écoulé [. . .] entre les événements qui nous occupent et le moment où il est venu témoigner. [d.a., p. 19]

Par conséquent,

je ne peux pas me fier aux parties du témoignage de Kassam dans lesquelles il fournit des détails. Par exemple, Kassam parle d’autres personnes qui ont assisté à ces rencontres et du fait que quelqu’un voulait leurs relevés téléphoniques. À mon avis, son témoignage n’est pas crédible, même à cet égard. [d.a., p. 19]

De plus, elle a affirmé que même si elle ajoutait foi au témoignage de M. Kassam, elle [TRADUCTION] « n’y [trouvait] aucun aveu ni aucune preuve que Kassam était au courant des efforts déployés au sein de ce que j’appellerai le groupe d’associés de Qureshi afin de connaître l’identité d’un indicateur » (d.a., p. 19-20).

[81] Contrairement à ce qui était le cas relativement à l’accusation liée à la rencontre au club de golf, à l’égard de laquelle la juge du procès n’a pas mis en doute la crédibilité des deux agents de police qui y avaient assisté, aucune base factuelle satisfaisante ne *permettait* d’asseoir convenablement une déclaration de culpabilité en ce qui concerne le troisième chef. M. Barros n’a pas témoigné au procès. Parmi les 62 pages de sa déclaration à la police (produite en preuve), moins d’une demi-douzaine se

no cross-examination) was that his dealings with group members were in the nature of requests, not threats:

BARROS: . . . When I left the first meeting, I said you guys talk (unintelligible). If you guys want to leave your numbers, piece of paper, I will collect it later. So I left (unintelligible), and they wanted to tell me to fuck off, we're not doing this (unintelligible) . . .

. . .

BARROS: But are they going to come and trust me when I tell them out front, I have respect for Brezinski and he's a friend of mine.

RAY: Mm hmm.

BARROS: So who knows after I left that first meeting whether they're going to tell me to fuck off.

RAY: Mm hmm.

BARROS: No, why would we fucking trust this guy? Who's to say the numbers that I was given are the real fucking numbers?

. . .

RAY: Now were they ever asked if they wanted to take a polygraph?

BARROS: Yes.

RAY: Okay. Was there, was there anything in that conversation that will lead them to believe that if they didn't leave their number for you, that suspicion would be based upon them, and they would have to take a polygraph.

BARROS: No, I said, and I was very specific. If asked, would you voluntarily take a polygraph? Kay, half of these guys, I'm not even sure if they wrote down the right numbers. [R.R., vol. IV, at pp. 41, 77 and 42]

The prosecution was defeated not by the "legal lens" applied by the trial judge but the insufficiency

rappellent à la rencontre qu'il a eue avec les membres du groupe. Sa déclaration (qui n'a évidemment donné lieu à aucun contre-interrogatoire) affirme essentiellement qu'il a fait des demandes, et non des menaces, aux membres du groupe :

[TRADUCTION]

BARROS : . . . En quittant, à la fin de la première rencontre, j'ai dit aux gars, discutez entre vous (incompréhensible). Si vous voulez laisser vos numéros sur un bout de papier, je reviendrai le chercher plus tard. J'ai donc quitté (incompréhensible), et ils voulaient me dire d'aller au diable, on ne fera pas ça (incompréhensible) . . .

. . .

BARROS : Mais, allaient-ils me faire confiance après que je leur eus dit d'emblée, j'ai du respect pour Brezinski et il est un de mes amis?

RAY : Mm hmm.

BARROS : Donc, qui sait si après cette première rencontre ils me diraient d'aller au diable?

RAY : Mm hmm.

BARROS : Non, pourquoi diable ferions-nous confiance à ce type? Comment savoir si ces numéros qu'on m'a donnés étaient les vrais numéros?

. . .

RAY : Leur a-t-on demandé s'ils voulaient se soumettre à un test polygraphique?

BARROS : Oui.

RAY : D'accord. Cette conversation a-t-elle pu d'une quelconque façon les amener à croire que s'ils ne vous donnaient pas leurs numéros, des soupçons pèseraient sur eux et qu'ils devraient se soumettre à un test polygraphique?

BARROS : Non, je leur ai dit très clairement : Si on vous le demandait, consentiriez-vous à subir un test polygraphique? Kay, je ne suis même pas certain que la moitié de ces gars-là ont inscrit les bons numéros. [d.a., vol. IV, p. 41, 77 et 42]

La poursuite a été déboutée non pas en raison du « prisme juridique » dont la juge du procès s'est

of the evidence — on any view of the law — to support a conviction, let alone satisfying the “heavy onus” to satisfy the court “with a reasonable degree of certainty” that had the trial judge taken a correct view of the law, she would not have acquitted.

[82] It would be a serious matter to deprive an accused of the benefit of an acquittal where, as here, the prosecution is found to have led no credible evidence to support a conviction beyond a reasonable doubt. The Crown presumably put forward the case it had on Count 3 at the original trial. The Crown is not entitled to a retrial based on a trial judge’s flawed legal analysis that had no impact on the outcome of the case. In the circumstances I agree with Berger J.A. that the verdict of the acquittal rendered by the trial judge on Count 3 should stand.

V. Disposition

[83] The appeal is therefore allowed with respect to Count 3, the Order of the Court of Appeal for a new trial on Count 3 is set aside and the trial judge’s verdict of acquittal is restored. In other respects, the appeal is dismissed, and the Order of the Court of Appeal for a new trial on the obstruction of justice charge (Count 1) and the extortion charge related to the golf club meeting with the police (Count 2) is affirmed.

The following are the reasons delivered by

FISH J. (dissenting in part) —

I

[84] Like Justice Binnie, and for the reasons he has set out, I would order a new trial on Count 1 and enter an acquittal on Count 3. With respect, however, I am unable to agree that a new trial is

servie, mais parce que la preuve était insuffisante — quel que soit l’angle sous lequel on examine le droit applicable — pour justifier une déclaration de culpabilité, et encore moins pour conclure que le ministère public s’est acquitté du « lourd fardeau » qui lui incombait de convaincre le tribunal « avec un degré raisonnable de certitude » que si la juge du procès avait correctement interprété le droit, elle n’aurait pas rendu un verdict d’acquittement.

[82] Ce serait commettre une grave erreur que de priver l’accusé d’un acquittement dans un cas où, comme celui qui nous occupe, il a été conclu que la poursuite n’avait présenté aucune preuve crédible étayant hors de tout doute raisonnable une déclaration de culpabilité. Le ministère public a vraisemblablement présenté la preuve dont il disposait relativement au troisième chef à l’occasion du premier procès. Or, il n’a pas droit à un nouveau procès au motif que l’analyse juridique de la juge du procès — qui n’a eu aucune incidence sur l’issue du procès — était erronée. Dans les circonstances, je suis d’accord avec le juge Berger qu’il y a lieu de confirmer le verdict d’acquittement rendu par la juge du procès relativement au troisième chef.

V. Dispositif

[83] Le pourvoi est donc accueilli relativement au troisième chef d’accusation, l’ordonnance de nouveau procès rendue par la Cour d’appel à l’égard de ce chef est annulée et le verdict d’acquittement de la juge du procès est rétabli. À tous autres égards, le pourvoi est rejeté et l’ordonnance de nouveau procès rendue par la Cour d’appel relativement à l’accusation d’entrave à la justice (premier chef) et à l’accusation d’extorsion liée à la rencontre au club de golf avec la police (deuxième chef) est confirmée.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE FISH (dissident en partie) —

I

[84] À l’instar du juge Binnie, et pour les motifs qu’il a exposés, je suis d’avis d’ordonner la tenue d’un nouveau procès relativement au premier chef d’accusation et d’inscrire un acquittement à l’égard

required on Count 2. In my view, the trial judge committed no error of law in acquitting the appellant on that count. Accordingly, even if it found her decision unreasonable, the Court of Appeal lacked jurisdiction to set it aside. So, too, do we.

II

[85] Count 2, which concerns us here, alleges that the appellant, Ross Barros, threatened to disclose a confidential informant's identity in order "to induce Detective Kevin Brezinski to take steps to cease criminal proceedings against Irfan Qureshi, thereby committing extortion, contrary to section 346(1.1)(b) of the Criminal Code of Canada" (R.R., vol. I, at p. 13).

[86] The trial judge entered an acquittal on this count because the evidence left her with a reasonable doubt regarding two essential elements: (1) that Mr. Barros's purpose in meeting with Sgt. Brezinski was to induce Sgt. Brezinski to stop the proceedings against Mr. Qureshi; and (2) the presence of a "threat" within the meaning of s. 346(1.1)(b).

[87] In concluding that Mr. Barros's acquittal on this count should be set aside, Justice Binnie imputes two errors of law to the trial judge: First, that she failed to consider Mr. Barros's conduct "in the context of his entire course of behaviour"; second, that she misdirected herself as to whether Mr. Barros's conduct was capable in law of constituting a threat (para. 58).

[88] In my respectful view, the trial judge's reasons, read as a whole, disclose neither error.

[89] First, it seems to me apparent from the trial judge's reasons that she did in fact consider

du troisième chef. Avec égards, cependant, je ne puis souscrire à son avis que la tenue d'un nouveau procès s'impose en ce qui concerne le deuxième chef. Selon moi, la juge du procès n'a commis aucune erreur de droit en acquittant l'appelant relativement à ce chef. Par conséquent, même si elle a conclu que la décision de la juge du procès était déraisonnable, la Cour d'appel n'avait pas compétence pour l'annuler. Il en est de même de notre Cour.

II

[85] Le deuxième chef, celui qui nous intéresse ici, mentionne que l'appelant, Ross Barros, a menacé de divulguer l'identité d'un indicateur [TRADUCTION] « pour induire le détective Kevin Brezinski à prendre des mesures en vue de mettre fin aux procédures criminelles intentées contre Irfan Qureshi, commettant ainsi une extorsion en violation de l'alinéa 346(1.1)b du Code criminel du Canada » (d.i., vol. I, p. 13).

[86] La juge du procès a inscrit un acquittement relativement à ce chef parce que la preuve a suscité dans son esprit un doute raisonnable quant à deux éléments essentiels, à savoir : (1) que le but que M. Barros poursuivait lorsqu'il a rencontré le sergent Brezinski était d'induire ce dernier à mettre fin aux procédures intentées contre M. Qureshi, et (2) qu'une « menace » au sens de l'al. 346(1.1)b avait été faite.

[87] En concluant qu'il convient d'annuler l'acquittement de M. Barros à l'égard de ce chef, le juge Binnie impute deux erreurs de droit à la juge du procès : premièrement, qu'elle a omis de prendre en compte les actes posés par M. Barros « dans le contexte de l'ensemble de son comportement », et, deuxièmement, qu'elle s'est méprise sur la question de savoir si les actes de M. Barros pouvaient, en droit, constituer une menace (par. 58).

[88] À mon humble avis, il ne ressort pas des motifs de la juge du procès, lus dans leur ensemble, qu'elle a commis l'une ou l'autre de ces erreurs.

[89] En premier lieu, il me semble qu'il ressort des motifs de la juge du procès qu'elle a bel et bien tenu

Mr. Barros's conduct *contextually*. As the Crown had suggested, she related the evidence to the essential elements of extortion in accordance with the Ontario pattern jury instructions for that offence.

[90] She expressly directed herself in accordance with those instructions (A.R., at p. 9), noting that she was required, as a jury would be, "to consider the accused's entire course of conduct" (p. 13). In considering whether Mr. Barros had a reasonable justification or excuse for his conduct, the trial judge explicitly recognized the need to assess "the reasonableness of the conduct of the accused in the circumstances", as required by the pattern instructions, and stated that she had indeed "reviewed all of the circumstances" (p. 15 (emphasis added)).

[91] More particularly, in her detailed review of the circumstances and in evaluating Mr. Barros's conduct contextually, the trial judge specifically adverted to the evidence: (1) that Mr. Barros was a "former senior police officer with seven years active service in the drug investigation area"; (2) that he and his police interlocutor, Sgt. Brezinski, knew one another well; (3) that "there is no doubt that Barros knew from his background what kinds of things would probably be going through Brezinski's mind as the topic of an informant came up"; (4) that Mr. Barros "invited Brezinski to bring along another police officer as a witness to [their] meeting"; (5) that "there was a good deal of openness as between Barros and Brezinski and Krewenchuk [the other officer]"; and (6) that Sgt. Brezinski "felt that his back was against the wall" (A.R., at pp. 8, 15 and 16).

[92] With the greatest of respect, I am unable in this light to agree with Justice Binnie that the trial judge failed to consider whether Mr. Barros's actions would have conveyed a threat to "a person of ordinary intelligence *in the position of Sgt. Brezinski*, taking into account his shared police background" (para. 60 (emphasis in original)). On the contrary, the trial judge *referred at*

compte des actes de M. Barros *en contexte*. Comme l'avait suggéré le ministère public, elle a exposé la preuve en fonction des éléments essentiels de l'extorsion conformément au modèle ontarien d'instructions au jury relativement à cette infraction.

[90] Elle a explicitement suivi ce modèle (d.a., p. 9), soulignant qu'il lui incombait, tout comme à un jury, [TRADUCTION] « de prendre en compte l'ensemble du comportement de l'accusé » (p. 13). En se demandant si M. Barros avait une justification ou une excuse raisonnable pour expliquer ses actes, la juge du procès a explicitement reconnu la nécessité d'examiner [TRADUCTION] « le caractère raisonnable des actes posés par l'accusé au vu des circonstances », conformément au modèle qu'elle suivait, et mentionné qu'elle avait effectivement « apprécié l'ensemble des circonstances » (p. 15 (je souligne)).

[91] Plus précisément, la juge du procès a expressément renvoyé à la preuve sur les points ci-après dans le cadre de son examen minutieux des circonstances et de son appréciation des actes de M. Barros dans leur contexte : (1) M. Barros était un [TRADUCTION] « ancien policier chevronné comptant sept ans de service actif dans le domaine des enquêtes sur les drogues »; (2) lui et son interlocuteur au sein de la police, le sergent Brezinski, se connaissaient bien; (3) « il n'y a aucun doute que M. Barros savait, étant donné ses antécédents, ce qui traverserait probablement l'esprit du sergent Brezinski lorsque le sujet de l'indicateur serait abordé »; (4) M. Barros « a demandé au sergent Brezinski d'inviter un autre policier à [leur] rencontre pour qu'il agisse comme témoin »; (5) « les relations entre M. Barros, le sergent Brezinski et l'agent Krewenchuk [l'autre policier] étaient assez transparentes »; et (6) le sergent Brezinski « croyait être acculé au pied du mur » (d.a., p. 8, 15 et 16).

[92] Cela dit avec le plus grand respect, je ne peux, compte tenu de ce qui précède, convenir avec le juge Binnie que la juge du procès a omis de se demander si les actes de M. Barros auraient été interprétés comme une menace par « une personne d'intelligence moyenne se trouvant *dans la situation du sergent Brezinski*, sachant que ce dernier et M. Barros partageaient les mêmes antécédents

least four times to the shared police background of Sgt. Brezinski and Mr. Barros immediately before turning to consider Count 2 and again later while considering that count. She could hardly have excluded from her reasoning what she took care to include in her reasons.

[93] In short, I see no basis for inferring that the trial judge, in dealing with Count 2, ignored any of the evidence to which she explicitly referred in deciding as she did. Nor am I able to discern in my colleague's reasons any significant fact or circumstance that the trial judge ignored in applying the law to the facts as she found them.

III

[94] The second error in law attributed by Justice Binnie to the trial judge is that she misdirected herself as to whether Mr. Barros's conduct was capable in law of constituting a threat.

[95] In this regard, my colleague finds that the trial judge adopted an "erroneously narrow view" of what constitutes a threat at law (para. 58). He concludes that the trial judge erred in finding "that the indirect suggestions and veiled references put forward by Mr. Barros did not in the circumstances here 'qualify', as a matter of law, as 'threats' for the purpose of the extortion offence" (para. 65).

[96] With respect, I am not persuaded that the reasons of the trial judge disclose any error of this sort. Nowhere did the trial judge indicate that, as a matter of law, explicit threats or demands were an essential element of extortion. In fact, she explicitly directed herself to the contrary:

The second element of the offence as set out in the Ontario specimen charges is did Barros use threats or violence to induce Brezinski to do something or to get

professionnels » (par. 60 (en italique dans l'original)). Au contraire, la juge du procès a renvoyé au moins quatre fois au fait que le sergent Brezinski et M. Barros partageaient les mêmes antécédents professionnels tout juste avant qu'elle ne porte son attention sur le deuxième chef, et elle est revenue plus tard sur ce point dans le cadre de son étude de ce chef. Elle ne pouvait guère exclure de son raisonnement ce qu'elle avait pris la peine de mentionner dans ses motifs.

[93] En somme, j'estime que rien ne permet d'inférer que la juge du procès a fait abstraction, dans son étude du deuxième chef, de l'un ou l'autre des éléments de preuve auxquels elle a expressément renvoyé pour fonder sa décision. Je ne suis pas non plus en mesure de relever dans les motifs de mon collègue toute circonstance ou tout fait important dont la juge du procès n'aurait pas tenu compte en appliquant le droit aux faits qu'elle a constatés.

III

[94] La deuxième erreur de droit que le juge Binnie impute à la juge du procès est de s'être méprise sur la question de savoir si les actes de M. Barros pouvaient, en droit, constituer une menace.

[95] Mon collègue conclut à cet égard que la juge du procès a adopté « à tort un point de vue étroit » quant à savoir ce qui constitue une menace en droit (par. 58). Selon lui, la juge du procès a commis une erreur en concluant « que les insinuations indirectes et les allusions voilées de M. Barros ne pouvaient, dans les circonstances de la présente affaire, "être qualifiées", en droit, de "menaces" permettant d'établir que l'infraction d'extorsion a été commise » (par. 65).

[96] Avec égards, je ne suis pas convaincu qu'il ressort des motifs de la juge du procès qu'elle a commis une telle erreur. La juge du procès n'a aucunement dit qu'en droit des menaces ou des exigences explicites constituaient un élément essentiel de l'extorsion. En fait, elle a affirmé explicitement le contraire :

[TRADUCTION] Comme il ressort des exposés types de l'Ontario, le deuxième élément de l'infraction consiste à savoir si M. Barros a eu recours à des menaces ou à la

something done. And this is the instruction that I would give to a jury and that I give to myself with respect to that element:

A threat is a statement of an intention to injure another person or another person's family or property. It may be spoken or written. It does not have to be stated in any particular form of words. Sometimes, a threat is in general or vague terms without saying exactly what kind of injury is being threatened or precisely who will suffer it. A threat may also be made by suggestion. To be a threat, however, whatever is communicated must be definite enough that a person of ordinary intelligence would understand it as a threat of injury. [Emphasis added; A.R., at pp. 10-11.]

[97] Moreover, in denying the motion for a directed verdict on this count, the trial judge concluded that there was some evidence on every element of the offence: *R. v. Barros*, 2007 ABQB 428, 80 Alta. L.R. (4th) 390, at paras. 29-30. Had she thought, as my colleague suggests, that an explicit threat was required, she could hardly have denied the motion.

[98] I thus think it fair to conclude that the trial judge, applying the proper test for a directed verdict, *did* recognize that Mr. Barros's conduct could constitute a threat *as a matter of law*. At the conclusion of the trial, she was simply not satisfied *as a matter of fact*, that the evidence established beyond a reasonable doubt that Mr. Barros had threatened to reveal the identity of the informant.

[99] Finally, my colleague takes as a "summary" of the trial judge's approach to this branch of the case her statement that "it is not every pressure that qualifies as the threat that is meant in the Parliament's definition of 'extortion'" (Binnie J.'s emphasis, at para. 58).

[100] With respect, I do not read this passage as a summary of the trial judge's approach at all. After citing a series of authorities and dictionary definitions, she simply noted that *Rousseau v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 38, "may" support the proposition that not every pressure qualifies as a threat — a

violence pour induire M. Brezinski à faire quelque chose ou à demander à quelqu'un d'autre de le faire. Et voici les instructions que je donnerais à un jury et que je garde à l'esprit pour ce qui est de cet élément :

Une menace est l'expression d'une intention de blesser une autre personne ou sa famille ou d'endommager ses biens. La menace peut être proférée de vive voix ou par écrit. Elle n'a pas à être formulée en des termes précis. Il arrive parfois qu'une menace soit proférée de manière générale ou vague et n'indique pas exactement le genre de blessure qui sera infligée, ni qui la subira. Une menace peut également être faite implicitement. Cependant, pour constituer une menace, le message doit être suffisamment clair pour qu'une personne d'intelligence moyenne le considère comme une menace de blessure. [Je souligne; d.a., p. 10-11.]

[97] De plus, la juge du procès a conclu, en rejetant la requête visant à obtenir un verdict imposé relativement à ce chef, qu'il y avait certaines preuves relativement à chaque élément de l'infraction : *R. c. Barros*, 2007 ABQB 428, 80 Alta. L.R. (4th) 390, par. 29-30. Si elle avait estimé, comme le suggère mon collègue, qu'il fallait qu'une menace explicite ait été faite, elle n'aurait guère pu rejeter la requête.

[98] J'estime donc qu'il est juste de conclure qu'en appliquant le critère approprié en matière de verdict imposé la juge du procès a *bel et bien* reconnu que les actes de M. Barros pouvaient, *en droit*, constituer une menace. À l'issue du procès, elle n'était tout simplement pas convaincue qu'*en fait* la preuve établissait hors de tout doute raisonnable que M. Barros avait menacé de révéler l'identité de l'indicateur.

[99] Enfin, mon collègue estime que la juge du procès a « résumé » l'approche qu'elle a adoptée pour examiner cet aspect de l'affaire en déclarant ce qui suit : [TRADUCTION] « les pressions ne peuvent pas toutes être qualifiées de menaces au sens de la définition d'"extorsion" prévue par le législateur » (souligné par le juge Binnie, par. 58).

[100] Avec égards, je ne crois pas que ce passage résume de quelque manière que ce soit l'approche de la juge du procès. Après avoir cité plusieurs arrêts et définitions du dictionnaire, elle a simplement affirmé que l'arrêt *Rousseau c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 38, appuie « peut-être » la proposition que

correct statement of the law — and concluded that it was of limited relevance in the circumstances of this case. Moreover, nowhere in her reasons did the trial judge “conclud[e] that the indirect suggestions and veiled references put forward by Mr. Barros did not in the circumstances here ‘qualify’, as a matter of law, as ‘threats’ for the purpose of the extortion offence” (Binnie J., at para. 65).

IV

[101] As the Court noted in *R. v. Walker*, 2008 SCC 34, [2008] 2 S.C.R. 245, at para. 2:

Caution must be taken to avoid seizing on perceived deficiencies in a trial judge’s reasons for acquittal to create a ground of “unreasonable acquittal” which is not open to the court under the provisions of the *Criminal Code*

[102] Bearing that caution in mind and for the reasons given, I would allow the appeal and restore the acquittal entered by the trial judge on Count 2.

[103] And, as mentioned at the outset, I would dispose of the appeal on Count 1 as Justice Binnie suggests, and for the reasons he has given. As to Count 3, assuming that the trial judge committed the errors attributed to her by my colleagues, I agree with Justice Binnie that the Crown has not met its “heavy onus” to establish, with the required degree of certainty, “that the error (or errors) of the trial judge might reasonably be thought, in the concrete reality of the case at hand, to have had a material bearing on the acquittal” (*R. v. Graveline*, 2006 SCC 16, [2006] 1 S.C.R. 609, at para. 14). In my respectful view, that burden is not discharged by establishing that the judge, applying the law correctly, “could have” decided otherwise (reasons of Justice Cromwell, at paras. 118, 120 and 124).

[104] Finally, in concluding as I have, I express no opinion as to the effect on Count 1 of an acquittal

les pressions ne peuvent pas toutes être qualifiées de menaces — ce qui, soit dit en passant, exprime exactement l’état du droit — et elle conclu que sa pertinence était limitée dans les circonstances de l’espèce. En outre, la juge du procès n’a nulle part dans ses motifs « [conclu] que les insinuations indirectes et les allusions voilées de M. Barros ne pouvaient, dans les circonstances de la présente affaire, “être qualifiées”, en droit, de “menaces” permettant d’établir que l’infraction d’extorsion a été commise » (le juge Binnie, par. 65).

IV

[101] Comme la Cour l’a souligné dans *R. c. Walker*, 2008 CSC 34, [2008] 2 R.C.S. 245, par. 2 :

Il faut prendre garde de ne pas s’arrêter aux lacunes apparentes des motifs formulés par le juge du procès lors de l’acquittal pour créer un motif d’« acquittal déraisonnable », verdict que le tribunal ne peut prononcer en vertu du *Code criminel*

[102] Ayant cette mise en garde à l’esprit et pour les motifs que j’ai exposés, je suis d’avis d’accueillir le pourvoi et de rétablir l’acquittal prononcé par la juge du procès relativement au deuxième chef.

[103] Et, comme je l’ai mentionné au départ, je suis d’avis de trancher le pourvoi relativement au premier chef comme le suggère le juge Binnie et pour les motifs qu’il a exposés. Quant au troisième chef, à supposer que la juge du procès a commis les erreurs que lui imputent mes collègues, je suis d’accord avec le juge Binnie que le ministère public ne s’est pas acquitté du « lourd fardeau » qui lui incombeait d’établir avec le degré de certitude nécessaire « qu’il serait raisonnable de 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 » (*R. c. Graveline*, 2006 CSC 16, [2006] 1 R.C.S. 609, par. 14). À mon humble avis, on ne s’acquitte pas de ce fardeau en établissant que le juge « aurait pu » arriver à une autre décision s’il avait bien appliqué le droit (motifs du juge Cromwell, par. 118, 120 et 124).

[104] Enfin, compte tenu de la conclusion à laquelle je suis parvenu, je ne me prononcerai pas

on the other counts: see *R. v. Mahalingan*, 2008 SCC 63, [2008] 3 S.C.R. 316.

The following are the reasons delivered by

[105] CROMWELL J. (dissenting in part) — I have had the advantage of reading the reasons of my colleague, Binnie J. I agree with his analysis of informer privilege, as well as with his reasons and disposition regarding the charge of obstruction of justice (Count 1) and the first charge of extortion (Count 2). With respect to the second extortion charge (Count 3), I also agree with Binnie J. that the trial judge erred in law in her approach to whether or not Mr. Barros had engaged in conduct which in law constituted a threat. My only disagreement with my colleague is on what flows from this error. In my view, we should allow the appeal and order a new trial on this count rather than reinstate the acquittal entered at trial as Binnie J. proposes.

[106] On an appeal from an acquittal, as in this case, it is not enough for the Crown to show that the trial judge committed an error of law. In order for the appellate court to set aside the acquittal and order a new trial, the Crown must in addition satisfy the court that the trial judge's error might reasonably be thought, in the concrete reality of the case, to have had a material bearing on the acquittal. The Crown, however, is not required to demonstrate that the verdict would necessarily have been different: *R. v. Graveline*, 2006 SCC 16, [2006] 1 S.C.R. 609, at para. 14; *R. v. Sutton*, 2000 SCC 50, [2000] 2 S.C.R. 595, at para. 2.

[107] Binnie J. would hold, in effect, that the Crown cannot meet this requirement. He reasons that the trial judge's findings regarding the reliability of Mr. Kassam's testimony made an acquittal inevitable quite apart from the trial judge's error of

sur l'effet qu'un acquittement relativement aux autres chefs d'accusation pourrait avoir sur le sort du premier chef : voir *R. c. Mahalingan*, 2008 CSC 63, [2008] 3 R.C.S. 316.

Version française des motifs rendus par

[105] LE JUGE CROMWELL (dissident en partie) — J'ai eu l'avantage de lire les motifs de mon collègue le juge Binnie. Je souscris à son analyse du privilège relatif aux indicateurs de police. Il en est de même pour les motifs qu'il a exposés et la décision à laquelle il est parvenu relativement à l'accusation d'entrave à la justice (premier chef) et la première accusation d'extorsion (deuxième chef). En ce qui concerne la deuxième accusation d'extorsion (troisième chef), je suis également d'accord avec lui que la juge du procès a commis une erreur de droit en abordant comme elle l'a fait la question de savoir si le comportement de M. Barros constituait, en droit, une menace. Mon seul désaccord avec mon collègue porte sur les conséquences de cette erreur. À mon avis, il convient d'accueillir le pourvoi et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès relativement à ce chef d'accusation plutôt que de rétablir, comme le propose le juge Binnie, le verdict d'acquittement prononcé à l'issue du procès.

[106] Dans le cas d'un appel contre un acquittement, comme en l'espèce, il ne suffit pas au ministère public de démontrer que le juge du procès a commis une erreur de droit. Pour que la cour d'appel annule l'acquittement et ordonne un nouveau procès, le ministère public doit en outre la convaincre qu'il est raisonnable de penser que, dans la réalité concrète de l'affaire, l'erreur commise par le juge du procès a eu une incidence significative sur le verdict d'acquittement. Le ministère public n'est cependant pas tenu de démontrer que le verdict aurait nécessairement été différent : *R. c. Graveline*, 2006 CSC 16, [2006] 1 R.C.S. 609, par. 14; *R. c. Sutton*, 2000 CSC 50, [2000] 2 R.C.S. 595, par. 2.

[107] Le juge Binnie conclurait, en fait, que le ministère public est incapable de satisfaire à cette exigence. Il estime que les conclusions de la juge du procès sur la fiabilité du témoignage de M. Kassam rendaient l'acquittement inévitable,

law. It is this conclusion with which I respectfully disagree. In my view, there was evidence, apart entirely from the evidence of Mr. Kassam, which could found a conviction, but which the trial judge, because of her legal error, failed to consider. That being the case, the judge's legal error may reasonably be thought to have had a material bearing on the acquittal. The Crown has discharged its onus and a new trial of this count should be ordered.

[108] The second extortion count (third count of the indictment) alleged that Mr. Barros, with the intent to obtain information regarding the identity of a confidential police source, threatened five named persons and others unknown to induce them to provide personal information, including cellular telephone numbers. The charge squarely focused on the conduct of Mr. Barros at one or several meetings he had with associates of Mr. Qureshi (hereinafter the "Qureshi Associates"). In a nutshell, the Crown contended that, at one of those meetings, with a view to identifying a confidential police source, he used threats in order to get the Qureshi Associates to provide him with their cellular telephone numbers.

[109] Mr. Barros admitted in his videotaped statement to the police that he met with the Qureshi Associates and asked if they would give him their phone numbers. Mr. Barros also admitted that these requests were made in furtherance of his investigation into the identity of a confidential police source. He denied, however, having said anything that could have led them to believe that, if they did not provide their phone numbers, they would be suspected and would have to take a polygraph test (R.R., vol. IV, at p. 105). He contended that he clearly indicated to them that they were free to comply with his requests or not. In other words,

indépendamment de l'erreur de droit qu'elle avait commise. C'est la conclusion à laquelle, en toute déférence, je ne souscris pas. Selon moi, certains éléments de preuve, qui n'avaient rien à voir avec le témoignage de M. Kassam, auraient pu fonder une déclaration de culpabilité, mais la juge du procès a omis de les prendre en considération en raison de l'erreur de droit qu'elle avait commise. Cela étant, il est raisonnable de penser que l'erreur de droit commise par la juge du procès a eu une incidence significative sur le verdict d'acquiescement. Le ministère public s'est donc acquitté de son fardeau et il y a lieu d'ordonner la tenue d'un nouveau procès relativement à ce chef.

[108] Au deuxième chef d'accusation d'extorsion (le troisième chef de l'acte d'accusation), il était reproché à M. Barros d'avoir menacé cinq personnes nommées, ainsi que d'autres personnes inconnues, afin de les inciter à lui fournir des renseignements personnels, notamment des numéros de téléphone cellulaire, et ce dans l'intention d'obtenir des renseignements concernant l'identité d'une source policière confidentielle. Cette accusation reposait directement sur le comportement de M. Barros lors d'une ou de plusieurs rencontres qu'il avait eues avec des associés de M. Qureshi (ci-après « les associés de Qureshi »). En bref, le ministère public prétendait qu'à l'occasion de l'une de ces rencontres M. Barros avait eu recours à des menaces en vue d'amener les associés de Qureshi à lui donner leurs numéros de téléphone cellulaire, et ce dans l'intention d'identifier une source confidentielle de la police.

[109] M. Barros a admis, dans une déclaration à la police enregistrée sur bande vidéo, avoir rencontré les associés de Qureshi et leur avoir demandé s'ils accepteraient de lui donner leurs numéros de téléphone. Il a aussi admis avoir fait ces demandes dans le cadre de son enquête au sujet de l'identité d'une source policière confidentielle. Il a toutefois nié avoir dit quoi que ce soit qui ait pu les amener à croire que, faute de lui donner leurs numéros de téléphone, ils seraient considérés comme des suspects et devraient subir un test polygraphique (d.i., vol. IV, p. 105). Il a soutenu leur avoir clairement indiqué qu'ils étaient libres d'acquiescer à ses

according to Mr. Barros, “There was no threat” (R.R., vol. III, at p. 182).

[110] The only point of disagreement between the Crown and the defence on Count 3 was therefore whether, at those meetings, Mr. Barros tried to obtain the phone numbers of the Qureshi Associates by the use of “threats”, as contemplated by s. 346 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46. The trial judge was of the view that the Crown had not proven beyond a reasonable doubt that he did.

[111] In reaching this decision, the trial judge considered that insofar as the Crown had failed to call certain named and unnamed alleged victims as witnesses at trial, it could not prove that they had been victims of extortion. The only evidence to consider, in her view, was therefore that given by Mr. Kassam (A.R., at p. 19). After having assessed his testimony, the trial judge found that the Crown had failed to prove that he had been a victim of extortion as well. She found that he had not been coerced by Mr. Barros into providing his phone number, given that Mr. Barros was no longer present at the meeting when he arrived (A.R., at p. 20). Furthermore, she found that Mr. Kassam did not know what was going to be done with his phone number when he provided it and that, in any event, there was no evidence that he even knew of the Qureshi Associates’ efforts to determine the identity of the informant (A.R., at pp. 19 and 20). Finally, she found that Mr. Kassam had not been threatened when he met with Mr. Barros on a one-on-one basis. It followed from these findings that Mr. Barros, in the trial judge’s opinion, had to be acquitted on Count 3.

[112] It is true that Mr. Kassam was the only one of the persons named in the count to testify at trial. However, to succeed on this count, the Crown did not have to prove that Mr. Barros had threatened Mr. Kassam. Nor did it have to prove that

demandes ou non. En d’autres termes, il prétendait qu’[TRADUCTION] « [i]l n’y avait pas eu de menaces » (d.i., vol. III, p. 182).

[110] Le seul point de désaccord entre le ministre public et la défense quant au troisième chef portait donc sur la question de savoir si, lors de ces rencontres, M. Barros avait tenté d’obtenir les numéros de téléphone des associés de Qureshi en ayant recours à des « menaces » au sens de l’art. 346 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46. La juge du procès a estimé que le ministre public n’avait pas établi hors de tout doute raisonnable que tel était le cas.

[111] La juge du procès est parvenue à cette conclusion après avoir jugé que, dans la mesure où il avait omis de faire témoigner certaines des personnes nommées et des personnes non désignées nommément qu’il présentait comme des victimes, le ministre public ne pouvait avoir prouvé qu’elles avaient été victimes d’extorsion. Le seul témoignage dont il fallait tenir compte, selon elle, était donc celui de M. Kassam (d.a., p. 19). Après avoir apprécié ce témoignage, la juge du procès a conclu que le ministre public n’était pas parvenu à prouver qu’il avait également été victime d’extorsion. Elle a conclu que M. Barros ne l’avait pas contraint à donner son numéro de téléphone puisque ce dernier avait déjà quitté lorsqu’il s’est présenté à la rencontre (d.a., p. 20). Elle a en outre conclu que M. Kassam ne savait pas à quoi servirait son numéro de téléphone lorsqu’il l’a donné et que, de toute façon, rien ne prouvait qu’il était même au courant des efforts déployés par les associés de Qureshi en vue de connaître l’identité de l’indicateur (d.a., p. 19 et 20). Enfin, elle a conclu que M. Kassam n’avait pas subi de menaces lorsqu’il s’était entretenu seul à seul avec M. Barros. Selon la juge du procès, il s’ensuivait de ces conclusions que M. Barros devait être acquitté à l’égard du troisième chef.

[112] Il est vrai que M. Kassam a été la seule des personnes nommées dans le chef d’accusation à témoigner lors du procès. Cependant, pour avoir gain de cause sur ce chef, le ministre public n’avait pas à prouver que M. Barros avait menacé

Mr. Kassam felt threatened by Mr. Barros's conduct. The trial judge herself recognized this when ruling on the defence motion for a directed verdict on this count: 2007 ABQB 428, 80 Alta. L.R. (4th) 390, at paras. 32-39. Having heard all of the Crown evidence, she found that "there is no evidence whatever that Mr. Barros threatened Mr. Kassam": para. 37. Notwithstanding that conclusion, the trial judge found that there was some evidence which the trier of fact had to weigh in relation to this count (para. 38).

[113] The judge was correct in her directed verdict ruling that evidence of a threat to Mr. Kassam was not necessary in order for Count 3 to survive a motion for non-suit. Respectfully, however, the trial judge erred insofar as she suggested in her reasons at the end of the trial that Mr. Kassam's testimony was the only evidence to consider on that count. It was not essential to the Crown's case that any of the alleged victims of the extortion testify. The Crown's burden was to present evidence, whether from the alleged victims or not, which satisfied each element of s. 346 of the *Criminal Code*.

[114] My view is that even without the evidence of Mr. Kassam, there was evidence which was capable in law of proving each element of the offence. Of course, whether the evidence did so is for a trier of fact, not an appellate court, to determine. However, the trial judge's legal error, coupled with her failure to turn her mind to these elements, had a material bearing on her decision to acquit. That being the case, the correct disposition of the appeal is to direct a new trial, not reinstate the acquittal. I will now explain why, in my view, this is the case.

M. Kassam. Il n'avait pas non plus à prouver que ce dernier s'était senti menacé par le comportement de M. Barros. La juge du procès l'a elle-même reconnu lorsqu'elle a statué sur une requête de la défense visant à obtenir un verdict imposé relativement à ce chef : 2007 ABQB 428, 80 Alta. L.R. (4th) 390, par. 32-39. Après avoir pris connaissance de l'ensemble de la preuve soumise par le ministère public, elle a conclu qu'[TRADUCTION] « il n'y a absolument aucune preuve que M. Barros a menacé M. Kassam » : par. 37. Malgré cette conclusion, la juge du procès a conclu à l'existence de certains éléments de preuve que le juge des faits devait soupeser à l'égard de ce chef (par. 38).

[113] La juge du procès a conclu à bon droit, dans sa décision relativement à cette requête de la défense, qu'il n'était pas nécessaire de prouver que M. Kassam avait subi des menaces pour refuser de prononcer le non-lieu sur le troisième chef. Toutefois, j'estime en toute déférence que la juge du procès a commis une erreur dans la mesure où elle a donné à entendre, dans les motifs qu'elle a exposés à la fin du procès, que le témoignage de M. Kassam était le seul élément de preuve à prendre à considération à l'égard de ce chef. Le témoignage de l'une ou l'autre des personnes que le ministère public présentait comme des victimes de l'extorsion n'était pas requis pour faire sa preuve. Il lui incombait plutôt de présenter des éléments de preuve — peu importe qu'il s'agisse ou non de tels témoignages — établissant chacun des éléments constitutifs de l'infraction prévue à l'art. 346 du *Code criminel*.

[114] Selon moi, même sans le témoignage de M. Kassam, il était possible en droit d'établir chacun des éléments constitutifs de l'infraction. Bien entendu, c'est au juge des faits et non à la cour d'appel qu'il appartient de trancher cette question. Cependant, l'erreur de droit que la juge du procès a commise, conjuguée à son omission d'examiner ces éléments, a eu une incidence significative sur sa décision de prononcer un verdict d'acquittal. Cela étant, la façon correcte de statuer sur le pourvoi consiste à ordonner la tenue d'un nouveau procès, et non à rétablir l'acquittal. Je vais maintenant expliquer pourquoi, selon moi, il en est ainsi.

[115] In addition to Mr. Kassam's evidence (which, I acknowledge, was found to be mostly unreliable by the trial judge), the record included the evidence of Sergeants Brezinski and Krewenchuk. Their evidence, in turn, included evidence of statements made to them by Mr. Barros. In addition, Mr. Barros made a lengthy warned statement to the police that was admitted into evidence.

[116] In assessing this record, it is important to remember that threats do not need to be explicit. Obviously, threats, menaces and other similar conduct will not always be carried out overtly; quite the contrary. For this reason, the evaluation of the actions and the intent of an individual charged with extortion calls for a careful analysis of the totality of the surrounding circumstances. For example, veiled references to possibilities may constitute threats if, viewed objectively, they would "convey to the mind of the person to whom they are addressed consequences which he fears or which he would avoid": see *R. v. McClure* (1957), 22 W.W.R. 167 (Man. C.A.), at p. 172. Similarly, the wilful creation by an accused of an oppressive atmosphere which, viewed objectively, would have the effect of giving a targeted individual no choice but to comply with his demand, may also qualify as a "threat" under s. 346 of the *Criminal Code*: see, e.g., *R. v. N.N.*, 2008 BCCA 300, 257 B.C.A.C. 304, at para. 75.

[117] The context in this matter, while key to interpreting Mr. Barros's conduct *vis-à-vis* the Qureshi Associates, was not properly considered by the trial judge because of her legal error. Indeed, the meeting at which Mr. Barros asked the Qureshi Associates to provide their telephone numbers was not a cocktail party held in a relaxing environment. Qureshi had recently been arrested on various drug and weapons charges and the disclosure revealed that the arrests were rendered possible by information given by a source who had knowledge of his illegal dealings. The Qureshi Associates were intent on discovering the identity of the source and

[115] Outre le témoignage de M. Kassam (qui, je le reconnais, a été jugé pour l'essentiel comme étant dénué de toute crédibilité par la juge du procès), le dossier comportait les témoignages des sergents Brezinski et Krewenchuk, qui faisaient état de déclarations que leur avait faites M. Barros. De plus, M. Barros a, après avoir reçu la mise en garde d'usage, fait une longue déclaration à la police, laquelle a été admise en preuve.

[116] Dans l'étude de ce dossier, il importe de se rappeler qu'il n'est pas nécessaire que des menaces soient explicites. De toute évidence, les menaces, à l'instar d'autres agissements similaires, ne se font pas toujours ouvertement, bien au contraire. Pour cette raison, il faut faire une analyse approfondie de l'ensemble des circonstances pour bien apprécier les actes ainsi que l'intention d'une personne accusée d'extorsion. Par exemple, des allusions voilées à ce qui pourrait survenir peuvent constituer des menaces si, d'un point de vue objectif, elles ont pour effet de [TRADUCTION] « faire surgir dans l'esprit de la personne à qui elles sont destinées des conséquences qu'elle redoute ou qu'elle voudrait éviter » : voir *R. c. McClure* (1957), 22 W.W.R. 167 (C.A. Man.), p. 172. De même, le fait pour un accusé d'avoir volontairement créé une atmosphère oppressive qui, d'un point de vue objectif, aurait eu l'effet de ne laisser à la personne visée d'autre choix que de satisfaire à ses exigences, pourrait aussi constituer une « menace » au sens de l'art. 346 du *Code criminel* : voir, p. ex., *R. c. N.N.*, 2008 BCCA 300, 257 B.C.A.C. 304, par. 75.

[117] Le contexte de la présente affaire, même s'il revêt une importance fondamentale pour l'interprétation du comportement de M. Barros à l'endroit des associés de Qureshi, n'a pas été pris en considération à juste titre par la juge du procès, et ce en raison de l'erreur de droit qu'elle a commise. En effet, la rencontre au cours de laquelle M. Barros a demandé à ces derniers de lui donner leurs numéros de téléphone n'était certes pas une partie de plaisir. M. Qureshi avait été arrêté peu de temps auparavant relativement à diverses accusations en matière de drogues et d'armes, et, selon la divulgation, les arrestations avaient été faites grâce

this subject was discussed during the meeting. As Mr. Barros put it in his video interview:

BARROS: . . . If I wanted to, I can probably sell, like at this meeting, everybody wants to know who the fucking informant is. [Emphasis added; R.R., vol. IV, at p. 104.]

[118] Given this tense context, the trial judge could have concluded, had she applied the proper legal test, that the Qureshi Associates were not consumed by idle curiosity. Rather, Mr. Barros himself described them as being on a “witch hunt” (R.R., vol. IV, at p. 124). The trial judge could also have concluded that the purpose of this witch hunt was, to put it plainly, to take out the rat. As the trial judge put it in her reasons, “the role of informers in drug-related cases is particularly important and dangerous. . . . [I]n the context of drug trafficking, it’s not melodramatic to say that ‘dangerous’ can mean death or serious bodily harm” (A.R., at pp. 6-7). The trial judge could have concluded that everyone present at the meeting would have understood this perfectly. Certainly Mr. Barros’s statement to the police makes it clear that he did:

BARROS: . . . There’s always a chance that this person is gonna get hurt, and I’m stopped, trying to stop the witch hunt so other innocent people don’t get hurt and particularly this person doesn’t get hurt. [R.R., vol. IV, at p. 129]

Mr. Barros added the following a few moments later:

BARROS: I said, I stressed over and over and over again, I don’t want this source getting hurt, and you can imagine these people. Well

à des renseignements émanant d’une source au fait de ses activités illégales. Les associés de Qureshi étaient résolus à découvrir l’identité de la source, et cette question avait fait l’objet de discussions lors de la rencontre. Comme l’a indiqué M. Barros dans son entrevue enregistrée sur bande vidéo :

[TRADUCTION]

BARROS : . . . Si je le voulais, je pourrais probablement vendre, comme à cette rencontre, tout le monde veut savoir qui est ce maudit indicateur. [Je souligne; d.i., vol. IV, p. 104.]

[118] Dans un contexte aussi tendu, la juge du procès aurait pu conclure, si elle avait appliqué le bon critère juridique, que les associés de Qureshi n’étaient pas mus par une curiosité gratuite. Selon la description faite par M. Barros lui-même, ils étaient plutôt engagés dans une [TRADUCTION] « chasse aux sorcières » (d.i., vol. IV, p. 124). La juge du procès aurait également pu conclure que le but de cette chasse aux sorcières était, en termes simples, de se débarrasser du rat. Comme l’a souligné la juge du procès dans ses motifs, [TRADUCTION] « le rôle des indicateurs dans les affaires de drogue est particulièrement important et dangereux. [. . .] [D]ans le contexte du trafic de drogue, ce n’est pas faire du mélodrame que de dire que le mot “dangereux” peut vouloir dire la mort ou des lésions corporelles graves » (d.a., p. 6-7). La juge du procès aurait pu conclure que toutes les personnes présentes à la rencontre comprenaient cela parfaitement. Chose certaine, il ressort clairement de la déclaration de M. Barros à la police que lui, il le comprenait très bien :

[TRADUCTION]

BARROS : . . . Il y a toujours le risque que du mal soit fait à cette personne, on m’arrête, tentant de mettre fin à la chasse aux sorcières pour qu’il n’arrive rien de mal à d’autres personnes innocentes, et en particulier à cette personne. [d.i., vol. IV, p. 129]

M. Barros a ajouté ce qui suit quelques instants plus tard :

[TRADUCTION]

BARROS : J’ai dit, et j’ai insisté encore et encore là-dessus, que je ne veux pas que du mal soit fait à cette source, et vous pouvez imaginer

we'd rather fucking know who the source is. That's their mentality. [Emphasis added; R.R., vol. IV, at p. 131.]

[119] Mr. Barros told the police that he even contemplated the possibility that the Qureshi Associates would be ready to harm him in order to get him to reveal the source's identity once he had discovered it:

BARROS: . . . He [Sidney Tarrabain] doesn't want, and I can understand why, he doesn't want this knowledge that I possess either. It's shitty Don, it's shitty.

RAY: Mm hmm. Mm hmm.

BARROS: 'Cause who's to say I'm not going to get fucking grabbed on the street and, and, and tortured to fucking find out who the source is.

RAY: Yeah.

BARROS: You don't think that comes across my mind? [Emphasis added; R.R., vol. IV, at p. 134.]

[120] It is in the context of this "witch hunt" that Mr. Barros asked the Qureshi Associates to provide their phone numbers in order to assist him in discovering the identity of the informer. The trial judge's failure to interpret Mr. Barros's conduct in light of this context brought her to simply accept Mr. Barros's stated reasons for being at the meetings and asking for phone numbers at face value. While she was entitled to do so, her error of law narrowed the range of conclusions she could have drawn from Mr. Barros's conduct. Had she not erred in law, she could have concluded that Mr. Barros was well aware that any failure to cooperate with his attempts to uncover the source would immediately place that person under suspicion of being the informer, with all the risks of harm that could entail. She could also have concluded that he acted knowing that the participants in the meeting would hesitate to refuse to provide their cell phone numbers, because refusing could well lead to a risk of serious bodily harm.

ces gens. Eh bien, nous préférons diable savoir qui est la source. C'est leur mentalité. [Je souligne; d.i., vol. IV, p. 131.]

[119] M. Barros a dit à la police qu'il avait même envisagé la possibilité que les associés de Qureshi seraient prêts à lui faire du mal afin de lui faire révéler l'identité de la source, une fois qu'il l'aurait découverte :

[TRADUCTION]

BARROS : . . . Il [Sidney Tarrabain] ne veut pas, et je peux comprendre pourquoi, lui non plus ne veut pas savoir ce que je sais. C'est merdique, Don, c'est merdique.

RAY : Mm hmm. Mm hmm.

BARROS : Parce que, qui pourrait diable dire que je ne vais pas me faire enlever dans la rue et, et, et torturer pour que je dise qui est la source.

RAY : Ouais.

BARROS : Tu penses que cette pensée ne me vient pas à l'esprit? [Je souligne; d.i., vol. IV, p. 134.]

[120] C'est dans le contexte de cette « chasse aux sorcières » que M. Barros a demandé aux associés de Qureshi de lui donner leurs numéros de téléphone pour l'aider à découvrir l'identité de l'indicateur. Or, l'omission de la juge du procès d'apprécier le comportement de M. Barros à la lumière de ce contexte l'a amenée à accepter sans réserve les raisons que ce dernier avait fournies pour expliquer pourquoi il avait assisté aux rencontres et demandé aux associés de Qureshi de lui donner leurs numéros de téléphone. Elle en avait certes le droit, mais son erreur a restreint le nombre de conclusions qu'elle aurait pu tirer eu égard au comportement de M. Barros. N'eût été cette erreur de droit, la juge du procès aurait pu conclure qu'il était bien conscient du fait que toute personne qui refuserait de coopérer dans son enquête visant à découvrir l'identité de la source serait immédiatement soupçonnée d'être l'indicateur, avec tous les risques que cela pourrait comporter. Elle aurait également pu conclure qu'il avait agi en sachant que tous ceux qui assistaient à la rencontre hésiteraient à refuser de lui donner leurs numéros de téléphone cellulaire, un tel refus pouvant très bien leur faire courir le risque de subir des lésions corporelles graves.

[121] But that is not all. The trial judge's view that only Kassam's evidence was relevant to Count 3 led her to ignore testimony which, if believed, would have led to the conclusion that Mr. Barros told the group that if they failed to provide the information he sought, they would be required to take a polygraph test.

[122] During the course of Mr. Barros's trial, a *voir dire* was held to determine the admissibility of statements made by Mr. Barros to Sergeants Brezinski and Krewenchuk at the "golf course" encounter, which formed the basis for Counts 1 and 2. Mr. Barros's counsel did not contest the voluntariness of the statements made during this encounter. The trial judge thus ruled the statements voluntary and admissible into evidence. She then granted the Crown's motion to enter the *voir dire* testimony into the trial record proper (R.R., vol. II, at pp. 52-53).

[123] As indicated by the Court of Appeal, Sgt. Brezinski testified to the effect that Mr. Barros told him that he informed the Qureshi Associates that he would polygraph those of them who did not provide their name and cellular phone numbers (para. 13).

[124] In the present context, I am of the view that, had the trial judge considered this evidence and analysed Mr. Barros's words in context, as s. 346 requires, she could have concluded that the underlined portion of Sgt. Brezinski's testimony constituted a threat made by Mr. Barros. As noted, the trial judge could have concluded that Mr. Barros requested the Qureshi Associates' telephone information at the meeting because he knew that anyone who refused to do so ran the risk of being suspected of being the informer and could put his life in danger. She could also have concluded that Mr. Barros's indication to the Qureshi Associates that he would polygraph those of them who did not want to provide a phone number was calculated to further pressure the Qureshi Associates into providing their telephone information, and give them

[121] Mais ce n'est pas tout. Parce qu'elle était d'avis que seul le témoignage de M. Kassam était pertinent en ce qui concerne le troisième chef, la juge du procès a omis de prendre en considération d'autres témoignages qui, si on y avait ajouté foi, auraient mené à la conclusion que M. Barros avait dit aux membres du groupe que s'ils ne fournissaient pas les renseignements demandés, ils seraient obligés de subir un test polygraphique.

[122] Pendant le procès de M. Barros, un *voir-dire* a eu lieu sur l'admissibilité des déclarations qu'il avait faites aux sergents Brezinski et Krewenchuk à la rencontre du « terrain de golf » et sur lesquelles reposaient les premier et deuxième chefs. L'avocat de M. Barros n'ayant pas contesté le caractère volontaire des déclarations faites par son client lors de cette rencontre, la juge du procès a statué qu'elles avaient été faites de façon volontaire et étaient admissibles en preuve. Elle a ensuite accueilli la requête du ministère public visant à faire verser au dossier du procès lui-même le témoignage donné lors du *voir-dire* (d.i., vol. II, p. 52-53).

[123] Comme l'a indiqué la Cour d'appel, le sergent Brezinski a témoigné que M. Barros lui avait dit qu'il avait informé les associés de Qureshi que ceux d'entre eux qui refuseraient de lui donner leurs noms et numéros de téléphone cellulaire subiraient un test polygraphique (par. 13).

[124] Dans le présent contexte, j'estime que si la juge du procès avait tenu compte de cet élément de preuve et analysé les paroles de M. Barros en contexte, comme l'exige l'art. 346, elle aurait pu conclure que la portion soulignée du témoignage du sergent Brezinski constituait une menace de la part de M. Barros. Tel que noté précédemment, la juge du procès aurait pu conclure que M. Barros avait demandé aux associés de Qureshi de lui donner leurs numéros de téléphone lors de la rencontre parce qu'il savait que quiconque refuserait de le faire courrait le risque qu'on le soupçonne d'être l'indicateur, ce qui pouvait mettre sa vie en danger. Elle aurait également pu conclure que, en indiquant aux associés de Qureshi qu'il ferait subir un test polygraphique à ceux qui ne voulaient pas lui donner leur numéro de téléphone, M. Barros tentait

virtually no choice but to do so. Indeed, while an alternative non-incriminating phone number could be given to shield oneself from suspicion, it was far harder to conceal the truth about one's informer status in the course of a polygraph test.

[125] Of course, whether any of these conclusions should be drawn is for a trier of fact, not an appellate court, to decide.

[126] I would therefore dismiss the appeal and confirm the Order of the Court of Appeal for a new trial on all three counts of the indictment.

Appeal allowed in part, FISH and CROMWELL JJ. dissenting in part.

Solicitors for the appellant: Wolch, Hursh, deWit, Silverberg & Watts, Calgary.

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

Solicitor for the intervener the Director of Public Prosecutions: Public Prosecution Service of Canada, Ottawa.

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

Solicitor for the intervener the Canadian Association of Chiefs of Police: Edmonton Police Service, Edmonton.

Solicitors for the intervener the Canadian Crime Stoppers Association: Clay & Company, Victoria.

Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: Kapoor Barristers, Toronto.

Solicitors for the intervener the Criminal Lawyers' Association of Ontario: Green & Chercover, Toronto.

d'exercer une pression supplémentaire sur eux pour qu'ils obtempèrent, et qu'en agissant de la sorte il ne leur laissait pratiquement aucun autre choix que de le faire. En effet, s'ils pouvaient lui donner un autre numéro de téléphone — celui-là non incriminant — pour se mettre à l'abri de tout soupçon, il serait beaucoup plus difficile, le cas échéant, à celui d'entre eux qui était l'indicateur de cacher la vérité dans le cadre d'un test polygraphique.

[125] Bien entendu, c'est au juge des faits, et non à une cour d'appel, de décider s'il y a lieu de tirer l'une ou l'autre de ces conclusions.

[126] Je suis donc d'avis de rejeter le pourvoi et de confirmer l'ordonnance de nouveau procès rendue par la Cour d'appel relativement aux trois chefs d'accusation.

Pourvoi accueilli en partie, les juges FISH et CROMWELL sont dissidents en partie.

Procureurs de l'appelant : Wolch, Hursh, deWit, Silverberg & Watts, Calgary.

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

Procureur de l'intervenant le directeur des poursuites pénales : Service des poursuites pénales du Canada, Ottawa.

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

Procureur de l'intervenante l'Association canadienne des chefs de police : Edmonton Police Service, Edmonton.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne d'échec au crime : Clay & Company, Victoria.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles : Kapoor Barristers, Toronto.

Procureurs de l'intervenante Criminal Lawyers' Association of Ontario : Green & Chercover, Toronto.

Workers' Compensation Board of British Columbia *Appellant*

v.

Guisepppe Figliola, Kimberley Sallis, Barry Dearden and British Columbia Human Rights Tribunal *Respondents*

and

Attorney General of British Columbia, Coalition of BC Businesses, Canadian Human Rights Commission, Alberta Human Rights Commission and Vancouver Area Human Rights Coalition Society *Interveners*

INDEXED AS: BRITISH COLUMBIA (WORKERS' COMPENSATION BOARD) v. FIGLIOLA

2011 SCC 52

File No.: 33648.

2011: March 16; 2011: October 27.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Administrative law — Judicial review — Standard of review — Patent unreasonableness — Injured workers receiving compensation pursuant to British Columbia's Workers' Compensation Board chronic pain policy — Workers filing appeal with Board's Review Division claiming policy breached s. 8 of British Columbia Human Rights Code — Board rejecting that policy breached Human Rights Code — Workers subsequently filing complaints with Human Rights Tribunal repeating same arguments — Human Rights Tribunal deciding that this was appropriate question for Tribunal to determine — What is the scope of Tribunal's discretion to determine whether the substance of a complaint has been "appropriately dealt with" when two bodies share jurisdiction over human rights — Whether exercise of discretion by Tribunal was patently unreasonable — Human Rights

Workers' Compensation Board de la Colombie-Britannique *Appelante*

c.

Guisepppe Figliola, Kimberley Sallis, Barry Dearden et British Columbia Human Rights Tribunal *Intimés*

et

Procureur général de la Colombie-Britannique, Coalition of BC Businesses, Commission canadienne des droits de la personne, Alberta Human Rights Commission et Vancouver Area Human Rights Coalition Society *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : COLOMBIE-BRITANNIQUE (WORKERS' COMPENSATION BOARD) c. FIGLIOLA

2011 CSC 52

N° du greffe : 33648.

2011 : 16 mars; 2011 : 27 octobre.

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

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

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Norme de contrôle — Décision manifestement déraisonnable — Indemnisation des accidentés du travail en application de la politique de la Workers' Compensation Board de la Colombie-Britannique relative aux douleurs chroniques — Appel interjeté devant la Section de révision de la Commission au motif que la politique contrevient à l'art. 8 du Human Rights Code de la Colombie-Britannique — La Commission ne conclut pas à une contravention au Code — Travailleurs reprenant les mêmes arguments dans des plaintes subséquentes auprès du tribunal des droits de la personne — Le tribunal estime qu'il s'agit d'une question qu'il peut à bon droit considérer — Quelle est la portée du pouvoir discrétionnaire du tribunal de juger s'il a « été statué de façon appropriée sur le fond de la plainte » dans les cas où deux organismes

Code, R.S.B.C. 1996, c. 210, ss. 8, 27(1) — Administrative Tribunals Act, S.B.C. 2004, c. 45, s. 59.

The complainant workers suffered from chronic pain and sought compensation from British Columbia's Workers' Compensation Board. Pursuant to the Board's chronic pain policy, they received a fixed compensation award. They appealed to the Board's Review Division, arguing that a policy which set a fixed award for chronic pain was patently unreasonable, unconstitutional and discriminatory on the grounds of disability under s. 8 of the British Columbia *Human Rights Code* ("Code"). The Review Officer accepted that he had jurisdiction over the *Human Rights Code* complaint and concluded that the Board's chronic pain policy was not contrary to s. 8 of the *Code* and therefore not discriminatory.

The complainants appealed this decision to the Workers' Compensation Appeal Tribunal ("WCAT"). Before the appeal was heard, the legislation was amended removing WCAT's authority to apply the *Code*. Based on the amendments, the complainants' appeal of the Review Officer's human rights conclusions could not be heard by WCAT, but judicial review remained available. Instead of applying for judicial review, the complainants filed new complaints with the Human Rights Tribunal, repeating the same s. 8 arguments about the Board's chronic pain policy that they had made before the Review Division.

The Workers' Compensation Board brought a motion asking the Tribunal to dismiss the new complaints, arguing that under s. 27(1)(a) of the *Code*, the Tribunal had no jurisdiction, and that under s. 27(1)(f) of the *Code*, the complaints had already been "appropriately dealt with" by the Review Division. The Tribunal rejected both arguments and found that the issue raised was an appropriate question for the Tribunal to consider and that the parties to the complaints should receive the benefit of a full Tribunal hearing. On judicial review, the Tribunal's decision was set aside. The Court of Appeal, however, concluded that the Tribunal's decision was not patently unreasonable and restored its decision.

ont compétence en matière de droits de la personne? — L'exercice par le tribunal de son pouvoir discrétionnaire était-il manifestement déraisonnable? — Human Rights Code, R.S.B.C. 1996, ch. 210, art. 8, 27(1) — Administrative Tribunals Act, S.B.C. 2004, ch. 45, art. 59.

Les plaignants, des travailleurs, souffraient de douleurs chroniques et ont soumis une demande d'indemnisation à la Workers' Compensation Board de la Colombie-Britannique (la « Commission »). En application de la politique de la Commission relative aux douleurs chroniques, les plaignants ont touché une indemnité d'un montant fixe. Ils ont interjeté appel devant la Section de révision de la Commission, soutenant que la politique de l'indemnité fixe pour les douleurs chroniques était manifestement déraisonnable, qu'elle était inconstitutionnelle et qu'elle constituait de la discrimination fondée sur la déficience interdite à l'art. 8 du *Human Rights Code* de la Colombie-Britannique (« Code »). L'agent de révision, s'estimant compétent pour entendre la plainte fondée sur le *Code*, a conclu que la politique de la Commission relative à la douleur chronique n'enfreignait pas l'art. 8 du *Code* et n'était donc pas discriminatoire.

Les plaignants ont porté cette décision en appel devant le Workers' Compensation Appeal Tribunal (« WCAT »). Avant l'instruction de l'appel, une modification législative a retiré au WCAT sa compétence en matière d'application du *Code*. Du fait de cette modification, le WCAT ne pouvait plus entendre l'appel des plaignants à l'encontre des conclusions de l'agent de révision relatives aux droits de la personne, mais il était toujours loisible aux plaignants de demander un contrôle judiciaire. Ces derniers ont plutôt déposé devant le tribunal des droits de la personne (« Tribunal ») de nouvelles plaintes, reprenant au sujet de la politique de la Commission en matière de douleur chronique les mêmes arguments fondés sur l'art. 8 du *Code* que ceux qu'ils avaient soumis à la Section de révision.

La Commission a présenté au Tribunal une requête pour rejet des nouvelles plaintes, soutenant, d'une part, que le Tribunal n'avait pas compétence aux termes de l'al. 27(1)a) du *Code* et, d'autre part, que la Section de révision avait déjà « statué de façon appropriée » sur le fond de la plainte suivant l'al. 27(1)f) du *Code*. Le Tribunal a rejeté les deux arguments, estimant que la question soulevée était une question que le Tribunal pouvait à bon droit considérer et qu'il convenait que les parties puissent bénéficier d'une audience en bonne et due forme par le Tribunal. À l'issue d'un contrôle judiciaire, la décision du Tribunal a été annulée, mais la Cour d'appel l'a rétablie, concluant que cette décision du Tribunal n'était pas manifestement déraisonnable.

Held: The appeal should be allowed, the Tribunal's decision set aside and the complaints dismissed.

Per LeBel, Deschamps, Abella, Charron and Rothstein JJ.: Section 27(1)(f) of the *Code* is the statutory reflection of the collective principles underlying the doctrines of issue estoppel, collateral attack and abuse of process — doctrines used by the common law as vehicles to transport and deliver to the litigation process principles of finality, the avoidance of multiplicity of proceedings, and protection for the integrity of the administration of justice, all in the name of fairness.

Read as a whole, s. 27(1)(f) does not codify these actual doctrines or their technical explications, it embraces their underlying principles. As a result, the Tribunal should be guided less by precise doctrinal catechisms and more by the goals of the fairness of finality in decision-making and the avoidance of the relitigation of issues already decided by a decision-maker with the authority to resolve them. Relying on these principles will lead the Tribunal to ask itself whether there was concurrent jurisdiction to decide the issues; whether the previously decided legal issue was essentially the same as what is being complained of to the Tribunal; and whether there was an opportunity for the complainants or their privies to know the case to be met and have the chance to meet it, regardless of how closely the previous process procedurally mirrored the one the Tribunal prefers or uses itself. All of these questions go to determining whether the substance of a complaint has been “appropriately dealt with” under s. 27(1)(f). The Tribunal's strict adherence to the application of issue estoppel was an overly formalistic interpretation of s. 27(1)(f), particularly of the phrase “appropriately dealt with”, and had the effect of obstructing rather than implementing the goal of avoiding unnecessary relitigation.

Section 27(1)(f) does not represent a statutory invitation either to judicially review another tribunal's decision, or to reconsider a legitimately decided issue in order to explore whether it might yield a different outcome. The section is oriented instead towards creating territorial respect among neighbouring tribunals, including respect for their right to have their own vertical lines of review protected from lateral adjudicative poaching. When an adjudicative body decides an issue within its jurisdiction, it and the parties who participated in the process are entitled to assume that, subject to appellate or judicial review, its decision will not only be final, it will be treated as such by other adjudicative bodies.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli, la décision du Tribunal est annulée et les plaintes sont rejetées.

Les juges LeBel, Deschamps, Abella, Charron et Rothstein : L'alinéa 27(1)f) codifie l'ensemble des principes sous-jacents des règles en matière de préclusion découlant d'une question déjà tranchée, de contestation indirecte et d'abus de procédure — auxquelles la common law a eu recours comme véhicule pour porter, en contexte de procédures judiciaires, les principes de caractère définitif des instances, de prévention de leur multiplication et de protection de l'intégrité de l'administration de la justice, dans chaque cas, par souci d'équité.

Considéré dans son ensemble, l'al. 27(1)f) ne codifie pas les doctrines elles-mêmes ou leurs explications techniques, il en englobe les principes sous-jacents. Il s'ensuit que ce ne sont pas tant des dogmes doctrinaux précis qui devraient guider le Tribunal que les objets de la disposition, qui sont d'assurer l'équité du caractère définitif du processus décisionnel et d'éviter la remise en cause de questions déjà tranchées par un décideur ayant compétence pour en connaître. En s'appuyant sur ces principes, le Tribunal est appelé à se demander s'il existe une compétence concurrente pour statuer sur ces questions, si la question juridique tranchée par la décision antérieure était essentiellement la même que celle qui est soulevée dans la plainte dont il est saisi et si le processus antérieur, qu'il ressemble ou non à la procédure que le Tribunal préfère ou utilise lui-même, a offert la possibilité aux plaignants ou à leurs ayants droit de connaître les éléments invoqués contre eux et de les réfuter. Toutes ces questions visent à déterminer s'il « a été statué de façon appropriée » sur le fond de la plainte, le critère établi à l'al. 27(1)f). En s'en tenant à l'application stricte de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée, le Tribunal a donné une interprétation trop formaliste à l'al. 27(1)f) et, plus particulièrement, aux mots « a été statué de façon appropriée ». Plutôt que de donner effet à l'objectif de prévention des remises en cause inutiles, une telle interprétation y fait obstacle.

L'alinéa 27(1)f) ne constitue pas une invitation au contrôle judiciaire de la décision d'un autre tribunal ou au réexamen d'une question dûment tranchée pour voir si un résultat différent pourrait en émerger. Cet alinéa vise plutôt à instaurer un respect juridictionnel entre tribunaux administratifs voisins, englobant le respect du droit à la protection de leur propre voie verticale de révision contre les empiètements indirects. L'organisme juridictionnel qui se prononce sur une question qui est de son ressort et les parties en cause doivent pouvoir tenir pour acquis que, sous réserve d'un appel ou d'un contrôle judiciaire, non seulement la décision sera-t-elle définitive, mais elle sera considérée telle par les autres organismes juridictionnels.

The discretion in s. 27(1)(f) was intended to be limited. This is based not only on the language of s. 27(1)(f) and the legislative history, but also on the character of the other six categories of complaints in s. 27(1), all of which refer to circumstances that make hearing the complaint presumptively unwarranted, such as complaints that are not within the Tribunal's jurisdiction, allege acts or omissions that do not contravene the *Code*, have no reasonable prospect of success, would not be of any benefit to the complainant or further the purposes of the *Code*, or are made for improper motives or bad faith.

What the complainants in this case were trying to do is relitigate in a different forum. Rather than challenging the Review Officer's decision through the available review route of judicial review, they started fresh proceedings before a different tribunal in search of a more favourable result. This strategy represented a "collateral appeal" to the Tribunal, the very trajectory that s. 27(1)(f) and the common law doctrines were designed to prevent. The Tribunal's analysis made it complicit in this attempt to collaterally appeal the merits of the Board's decision and decision-making process. Its analysis represents a litany of factors having to do with whether it was comfortable with the process and merits of the Review Officer's decision: it questioned whether the Review Division's process met the necessary procedural requirements; it criticized the Review Officer for the way he interpreted his human rights mandate; it held that the decision of the Review Officer was not final; it concluded that the parties were not the same before the Workers' Compensation Board as they were before the Tribunal; and it suggested that Review Officers lacked expertise in interpreting or applying the *Code*.

The standard of review designated under s. 59 of the *Administrative Tribunals Act* is patent unreasonable. Because the Tribunal based its decision to proceed with these complaints and have them relitigated on predominantly irrelevant factors and ignored its true mandate under s. 27(1)(f), its decision is patently unreasonable.

Per McLachlin C.J. and Binnie, Fish and Cromwell JJ.: Both the common law and in particular s. 27(1)(f) of the *Code* are intended to achieve the necessary balance between finality and fairness through the exercise of discretion. It is this balance which is at the heart of both

Le pouvoir discrétionnaire conféré par l'al. 27(1)f) se voulait restreint, non seulement en raison du texte de cette disposition et de l'historique législatif, mais également de la nature des six autres catégories de plaintes mentionnées au par. 27(1), faisant chacune référence à des circonstances qui laissent présumer qu'il ne serait pas justifié d'entendre la plainte : les plaintes qui ne relèvent pas de la compétence du Tribunal, celles qui allèguent des actes ou des omissions qui ne contreviennent pas au *Code*, s'il n'existe aucune possibilité raisonnable que le plaignant ait gain de cause, si les plaintes n'apporteraient rien au plaignant et ne serviraient pas les fins poursuivies par le *Code* ou si elles ont été déposées de mauvaise foi ou à des fins illégitimes.

En l'espèce, les plaignants cherchaient à soulever de nouveau la question devant un autre forum. Plutôt que d'emprunter la voie du contrôle judiciaire, qui leur était ouverte, pour contester la décision de l'agent de révision, ils ont engagé une nouvelle instance devant un autre tribunal administratif dans l'espoir d'obtenir un résultat plus favorable. Cette stratégie constituait un « appel indirect », une démarche que l'al. 27(1)f) et les doctrines de common law visent précisément à éviter. L'analyse du Tribunal l'a rendu complice de cette tentative de contester indirectement le bien-fondé de la décision de la Commission et du processus suivi; on y trouve une myriade de facteurs en fonction desquels le Tribunal s'est demandé s'il était à l'aise avec le processus de l'instance antérieure et avec les motifs de la décision de l'agent de révision. Il s'est demandé si le processus suivi devant la Section de révision satisfaisait aux exigences procédurales; il a critiqué l'interprétation que l'agent de révision a faite de son mandat en matière de droits de la personne; il a conclu que la décision de l'agent de révision n'était pas définitive; il a conclu que les parties qu'il avait devant lui n'étaient pas les mêmes que celles qui s'étaient présentées devant la Commission; et il a indiqué que l'agent de révision n'avait pas l'expertise voulue pour interpréter ou appliquer le *Code*.

La norme de contrôle applicable est celle de la décision manifestement déraisonnable, aux termes de l'art. 59 de l'*Administrative Tribunals Act*. Parce que la décision du Tribunal de recevoir ces plaintes et de les entendre de nouveau repose principalement sur des facteurs non pertinents et ne tient pas compte du mandat véritable que lui confère l'al. 27(1)f), elle est manifestement déraisonnable.

La juge en chef McLachlin et les juges Binnie, Fish et Cromwell : La common law et en particulier l'al. 27(1)f) du *Code* tendent tous deux à la réalisation de ce nécessaire équilibre entre le caractère définitif des décisions et l'équité, et ce, par l'exercice du pouvoir discrétionnaire

the common law finality doctrines and the legislative intent in enacting s. 27(1)(f). A narrow interpretation of the Tribunal's discretion under s. 27(1)(f) does not reflect the clear legislative intent in enacting the provision. Rather, s. 27(1)(f) confers, in very broad language, a flexible discretion on the Human Rights Tribunal to enable it to achieve that balance in the multitude of contexts in which another tribunal may have dealt with a point of human rights law.

The grammatical and ordinary meaning of the words of s. 27(1)(f) support an expansive view of the discretion, not a narrow one. Nor can it be suggested that s. 27(1)(f) be read narrowly because of the character of the other six categories of discretion conferred by s. 27(1). The provision's legislative history also confirms that it was the Legislature's intent to confer a broad discretion to dismiss or not to dismiss where there had been an earlier proceeding. The intent was clearly to broaden, not to narrow, the range of factors which a tribunal could consider.

The Court's jurisprudence recognizes that, in the administrative law context, common law finality doctrines must be applied flexibly to maintain the necessary balance between finality and fairness. This is done through the exercise of discretion taking into account a wide variety of factors which are sensitive to the particular administrative law context in which the case arises and to the demands of substantial justice in the particular circumstances of each case. Finality and requiring parties to use the most appropriate mechanisms for review are of course important considerations. But they are not the only, or even the most important considerations. The need for this necessarily broader discretion in applying the finality doctrines in the administrative law setting is well illustrated by the intricate and changing procedural context in which the complainants found themselves in this case and underlines the wisdom of applying finality doctrines with considerable flexibility in the administrative law setting. The most important consideration is whether giving the earlier proceeding final and binding effect will work an injustice. If there is substantial injustice, or a serious risk of it, poor procedural choices by the complainant should generally not be fatal to an appropriate consideration of his or her complaint on its merits.

du Tribunal. C'est la recherche de cet équilibre qui est au cœur tant des doctrines de la common law relatives au caractère définitif des décisions que de l'intention du législateur en édictant l'al. 27(1)(f). En donnant une portée étroite au pouvoir discrétionnaire que l'al. 27(1)(f) confère au Tribunal, on ne tient pas compte de cette intention claire du législateur. En fait, l'al. 27(1)(f) confère en termes très larges au Tribunal un pouvoir discrétionnaire souple propre à lui permettre de réaliser cet équilibre dans la multitude de contextes où d'autres tribunaux administratifs ont pu se prononcer sur une question relevant des droits de la personne.

Le sens ordinaire et grammatical des termes de l'al. 27(1)(f) permet de donner une large portée au pouvoir discrétionnaire, non une portée restreinte. On ne peut considérer qu'il faille interpréter l'al. 27(1)(f) de façon restrictive en raison de la nature des six autres catégories de pouvoirs discrétionnaires conférés au par. 27(1). L'historique législatif de la disposition confirme également que, pour ce qui est du rejet d'une plainte ayant fait l'objet d'une instance antérieure, le législateur a voulu conférer un pouvoir discrétionnaire étendu. Le législateur voulait manifestement élargir et non rétrécir l'éventail des facteurs qu'un tribunal doit prendre en compte.

La jurisprudence de notre Cour reconnaît qu'en contexte de droit administratif, il convient d'appliquer avec souplesse les doctrines de la common law relatives au caractère définitif des décisions afin de maintenir le nécessaire équilibre entre le caractère définitif et l'équité des décisions. À cette fin, l'exercice du pouvoir discrétionnaire nécessite la prise en compte d'un large éventail de facteurs pertinents aux particularités du contexte administratif en cause et aux exigences à satisfaire pour que justice soit rendue dans les circonstances de chaque cas. Le caractère définitif de la décision et l'obligation faite aux parties de recourir aux mécanismes de révision les plus appropriés sont certes des facteurs importants, mais ils ne sont ni les seuls, ni même les plus importants. Le contexte procédural complexe et changeant en cause en l'espèce illustre bien la nécessité du recours à ce pouvoir discrétionnaire nécessairement plus étendu lorsqu'il s'agit d'appliquer les doctrines relatives au caractère définitif des décisions en contexte de droit administratif et montre qu'il n'est que sage d'appliquer avec beaucoup de souplesse, dans le contexte du droit administratif, les doctrines relatives au caractère définitif des décisions. Le facteur le plus important consiste à déterminer si une injustice peut résulter de l'attribution d'une portée définitive et exécutoire à l'instance antérieure. En cas d'injustice substantielle ou de risque sérieux d'une telle injustice, les choix procéduraux malavisés du plaignant ne devraient généralement pas sonner le glas d'un examen au fond approprié de sa plainte.

In this case, the Tribunal's decision not to dismiss the complaint under s. 27(1)(f) was patently unreasonable. While the Tribunal was entitled to take into account the alleged procedural limitations of the proceedings before the Review Officer, it committed a reversible error by basing its decision on the alleged lack of independence of the Review Officer and by ignoring the potential availability of judicial review to remedy any procedural defects. More fundamentally, it failed to consider whether the substance of the complaint had been addressed and thereby failed to take this threshold statutory requirement into account. This requires looking at such factors as the issues raised in the earlier proceedings; whether those proceedings were fair; whether the complainant had been adequately represented; whether the applicable human rights principles had been canvassed; whether an appropriate remedy had been available and whether the complainant chose the forum for the earlier proceedings. This flexible and global assessment seems to be exactly the sort of approach called for by s. 27(1)(f). The Tribunal also failed to have regard to the fundamental fairness or otherwise of the earlier proceeding. All of this led the Tribunal to give no weight at all to the interests of finality and to largely focus instead on irrelevant considerations of whether the strict elements of issue estoppel were present.

The appeal should be allowed and the application of the Workers' Compensation Board under s. 27(1)(f) should be remitted to the Tribunal for reconsideration.

Cases Cited

By Abella J.

Referred to: *Tranchemontagne v. Ontario (Director, Disability Support Program)*, 2006 SCC 14, [2006] 1 S.C.R. 513; *British Columbia (Ministry of Competition, Science & Enterprise) v. Matuszewski*, 2008 BCSC 915, 82 Admin. L.R. (4th) 308; *Danyluk v. Ainsworth Technologies Inc.*, 2001 SCC 44, [2001] 2 S.C.R. 460; *Workers' Compensation Appeal Tribunal (B.C.) v. Hill*, 2011 BCCA 49, 299 B.C.A.C. 129; *Berezoutskaia v. Human Rights Tribunal (B.C.)*, 2006 BCCA 95, 223 B.C.A.C. 71; *Hines v. Canpar Industries Ltd.*, 2006 BCSC 800, 55 B.C.L.R. (4th) 372; *Boucher v. Stelco Inc.*, 2005 SCC 64, [2005] 3 S.C.R. 279; *Rocois Construction Inc. v. Québec Ready Mix Inc.*, [1990] 2 S.C.R. 440; *Angle v. Minister of National Revenue*, [1975] 2 S.C.R. 248; *Canada (Attorney General) v. TeleZone Inc.*, 2010 SCC 62, [2010] 3 S.C.R. 585; *Garland v. Consumers'*

En l'espèce, en refusant de rejeter la plainte en application de l'al. 27(1)(f), le Tribunal a rendu une décision manifestement déraisonnable. Certes, le Tribunal pouvait tenir compte des allégations relatives aux limites procédurales du recours devant l'agent de révision, mais il a commis une erreur justifiant l'annulation de sa décision en fondant cette dernière sur le prétendu manque d'indépendance de l'agent de révision et en faisant abstraction de la possibilité de recourir au contrôle judiciaire pour corriger tout vice procédural. Plus fondamentalement encore, il n'a pas examiné s'il avait été statué sur le fond de la plainte, omettant ainsi de prendre en considération une condition imposée par la Loi. Il lui faut tenir compte d'éléments comme les questions soulevées dans l'instance antérieure et les questions de savoir si cette instance s'est déroulée de façon équitable, si le plaignant était bien représenté, si les principes applicables en matière de droits de la personne ont été examinés, si une réparation appropriée pouvait être accordée et si le choix du forum antérieur relevait du plaignant. Cette évaluation globale et souple paraît être exactement la démarche que requiert l'al. 27(1)(f). En outre, le Tribunal n'a pas pris en compte l'équité, fondamentale ou autre, de l'instance antérieure. Tout cela a fait en sorte que le Tribunal n'a accordé aucun poids aux intérêts en jeu en matière de caractère définitif de la décision, et qu'il a largement fondé son analyse, plutôt, sur des facteurs non pertinents rattachés à l'existence des stricts éléments constitutifs de la préclusion fondée sur une question déjà tranchée.

Il y a lieu d'accueillir le pourvoi et de renvoyer au Tribunal, pour qu'il la réexamine, la demande de la Workers' Compensation Board présentée aux termes de l'al. 27(1)(f).

Jurisprudence

Citée par la juge Abella

Arrêts mentionnés : *Tranchemontagne c. Ontario (Directeur du Programme ontarien de soutien aux personnes handicapées)*, 2006 CSC 14, [2006] 1 R.C.S. 513; *British Columbia (Ministry of Competition, Science & Enterprise) c. Matuszewski*, 2008 BCSC 915, 82 Admin. L.R. (4th) 308; *Danyluk c. Ainsworth Technologies Inc.*, 2001 CSC 44, [2001] 2 R.C.S. 460; *Workers' Compensation Appeal Tribunal (B.C.) c. Hill*, 2011 BCCA 49, 299 B.C.A.C. 129; *Berezoutskaia c. Human Rights Tribunal (B.C.)*, 2006 BCCA 95, 223 B.C.A.C. 71; *Hines c. Canpar Industries Ltd.*, 2006 BCSC 800, 55 B.C.L.R. (4th) 372; *Boucher c. Stelco Inc.*, 2005 CSC 64, [2005] 3 R.C.S. 279; *Rocois Construction Inc. c. Québec Ready Mix Inc.*, [1990] 2 R.C.S. 440; *Angle c. Ministre du Revenu National*, [1975] 2 R.C.S. 248; *Canada (Procureur général)*

Gas Co., 2004 SCC 25, [2004] 1 S.C.R. 629; *Toronto (City) v. C.U.P.E., Local 79*, 2003 SCC 63, [2003] 3 S.C.R. 77; *R. v. Mahalingan*, 2008 SCC 63, [2008] 3 S.C.R. 316; *Rasanen v. Rosemount Instruments Ltd.* (1994), 112 D.L.R. (4th) 683; *Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Martin*, 2003 SCC 54, [2003] 2 S.C.R. 504; *Council of Canadians with Disabilities v. VIA Rail Canada Inc.*, 2007 SCC 15, [2007] 1 S.C.R. 650.

By Cromwell J.

Referred to: *Danyluk v. Ainsworth Technologies Inc.*, 2001 SCC 44, [2001] 2 S.C.R. 460; *Toronto (City) v. C.U.P.E., Local 79*, 2003 SCC 63, [2003] 3 S.C.R. 77; *British Columbia (Minister of Forests) v. Bugbusters Pest Management Inc.* (1998), 50 B.C.L.R. (3d) 1; *Tranchemontagne v. Ontario (Director, Disability Support Program)*, 2006 SCC 14, [2006] 1 S.C.R. 513; *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, 2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; *Becker v. Cariboo Chevrolet Oldsmobile Pontiac Buick GMC Ltd.*, 2006 BCSC 43, 42 Admin. L.R. (4th) 266; *Weber v. Ontario Hydro*, [1995] 2 S.C.R. 929; *Villella v. Vancouver (City)*, 2005 BCHRT 405, [2005] B.C.H.R.T.D. No. 405 (QL); *Schweneke v. Ontario* (2000), 47 O.R. (3d) 97; *Workers' Compensation Appeal Tribunal (B.C.) v. Hill*, 2011 BCCA 49, 299 B.C.A.C. 129; *Allman v. Amacon Property Management Services Inc.*, 2007 BCCA 302, 243 B.C.A.C. 52.

Statutes and Regulations Cited

Administrative Tribunals Act, S.B.C. 2004, c. 45, ss. 44, 59.
Attorney General Statutes Amendment Act, 2007, S.B.C. 2007, c. 14, s. 3.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 15.
Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64, art. 2848.
Human Rights Amendment Act, 1995, S.B.C. 1995, c. 42.
Human Rights Code, R.S.B.C. 1996, c. 210, ss. 8, 25(2) [rep. & sub. 2002, c. 62, s. 11], (3) [rep. *idem*], 27(1), (2) [rep. & sub. *idem*, s. 12].
Human Rights Code Amendment Act, 2002, S.B.C. 2002, c. 62.
Workers Compensation Act, R.S.B.C. 1996, c. 492, ss. 96.4(2), 99, 245 to 250, 251.

Authors Cited

British Columbia. *Official Report of Debates of the Legislative Assembly (Hansard)*, vol. 9, 3rd Sess., 37th Parl., October 28, 2002, p. 4094.

c. TeleZone Inc., 2010 CSC 62, [2010] 3 R.C.S. 585; *Garland c. Consumers' Gas Co.*, 2004 CSC 25, [2004] 1 R.C.S. 629; *Toronto (Ville) c. S.C.F.P., section locale 79*, 2003 CSC 63, [2003] 3 R.C.S. 77; *R. c. Mahalingan*, 2008 CSC 63, [2008] 3 R.C.S. 316; *Rasanen c. Rosemount Instruments Ltd.* (1994), 112 D.L.R. (4th) 683; *Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Martin*, 2003 CSC 54, [2003] 2 R.C.S. 504; *Conseil des Canadiens avec déficiences c. VIA Rail Canada Inc.*, 2007 CSC 15, [2007] 1 R.C.S. 650.

Citée par le juge Cromwell

Arrêts mentionnés : *Danyluk c. Ainsworth Technologies Inc.*, 2001 CSC 44, [2001] 2 R.C.S. 460; *Toronto (Ville) c. S.C.F.P., section locale 79*, 2003 CSC 63, [2003] 3 R.C.S. 77; *British Columbia (Minister of Forests) c. Bugbusters Pest Management Inc.* (1998), 50 B.C.L.R. (3d) 1; *Tranchemontagne c. Ontario (Directeur du Programme ontarien de soutien aux personnes handicapées)*, 2006 CSC 14, [2006] 1 R.C.S. 513; *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, 2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *Becker c. Cariboo Chevrolet Oldsmobile Pontiac Buick GMC Ltd.*, 2006 BCSC 43, 42 Admin. L.R. (4th) 266; *Weber c. Ontario Hydro*, [1995] 2 R.C.S. 929; *Villella c. Vancouver (City)*, 2005 BCHRT 405, [2005] B.C.H.R.T.D. No. 405 (QL); *Schweneke c. Ontario* (2000), 47 O.R. (3d) 97; *Workers' Compensation Appeal Tribunal (B.C.) c. Hill*, 2011 BCCA 49, 299 B.C.A.C. 129; *Allman c. Amacon Property Management Services Inc.*, 2007 BCCA 302, 243 B.C.A.C. 52.

Lois et règlements cités

Administrative Tribunals Act, S.B.C. 2004, ch. 45, art. 44, 59.
Attorney General Statutes Amendment Act, 2007, S.B.C. 2007, ch. 14, art. 3.
Charte canadienne des droits et libertés, art. 15.
Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, art. 2848.
Human Rights Amendment Act, 1995, S.B.C. 1995, ch. 42.
Human Rights Code, R.S.B.C. 1996, ch. 210, art. 8, 25(2) [abr. & rempl. 2002, ch. 62, art. 11], (3) [abr. *idem*], 27(1), (2) [abr. & rempl. *idem*, art. 12].
Human Rights Code Amendment Act, 2002, S.B.C. 2002, ch. 62.
Workers Compensation Act, R.S.B.C. 1996, ch. 492, art. 96.4(2), 99, 245 à 250, 251.

Doctrine citée

Colombie-Britannique. *Official Report of Debates of the Legislative Assembly (Hansard)*, vol. 9, 3rd Sess., 37th Parl., October 28, 2002, p. 4094.

British Columbia. *Official Report of Debates of the Legislative Assembly (Hansard)*, vol. 21, 3rd Sess., 38th Parl., May 16, 2007, pp. 8088-93.

British Columbia. *Official Report of Debates of the Legislative Assembly (Hansard)*, vol. 21, 4th Sess., 35th Parl., June 22, 1995, p. 16062.

British Columbia. Workers' Compensation Board. *Rehabilitation Services and Claims Manual*, vols. I and II, updated June 2011 (online: http://www.worksafebc.com/publications/policy_manuals/rehabilitation_services_and_claims_manual/default.asp).

Lange, Donald J. *The Doctrine of Res Judicata in Canada*, 3rd ed. Markham, Ont.: LexisNexis Canada, 2010.

Lovett, Deborah K., and Angela R. Westmacott. "Human Rights Review: A Background Paper", prepared for Administrative Justice Project, Ministry of Attorney General of British Columbia, 2001 (online: <http://www.llbc.leg.bc.ca/public/PubDocs/bcdocs/350060/hrr.pdf>).

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Huddart, Frankel and Tysoe JJ.A.), 2010 BCCA 77, 2 B.C.L.R. (5th) 274, 316 D.L.R. (4th) 648, 284 B.C.A.C. 50, 481 W.A.C. 50, 3 Admin. L.R. (5th) 49, [2010] B.C.J. No. 259 (QL), 2010 CarswellBC 330, setting aside a decision of Stromberg-Stein J., 2009 BCSC 377, 93 B.C.L.R. (4th) 384, 96 Admin. L.R. (4th) 250, [2009] B.C.J. No. 554 (QL), 2009 CarswellBC 737. Appeal allowed.

Scott A. Nielsen and Laurel Courtenay, for the appellant.

Lindsay Waddell, James Sayre and Kevin Love, for the respondents Guiseppa Figliola, Kimberley Sallis and Barry Dearden.

Jessica M. Connell and Katherine Hardie, for the respondent the British Columbia Human Rights Tribunal.

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

Peter A. Gall, Q.C., and *Nitya Iyer*, for the intervener the Coalition of BC Businesses.

Sheila Osborne-Brown and Philippe Dufresne, for the intervener the Canadian Human Rights Commission.

Colombie-Britannique. *Official Report of Debates of the Legislative Assembly (Hansard)*, vol. 21, 3rd Sess., 38th Parl., May 16, 2007, pp. 8088-93.

Colombie-Britannique. *Official Report of Debates of the Legislative Assembly (Hansard)*, vol. 21, 4th Sess., 35th Parl., June 22, 1995, p. 16062.

Colombie-Britannique. Workers' Compensation Board. *Rehabilitation Services and Claims Manual*, vols. I and II, updated June 2011 (online : http://www.worksafebc.com/publications/policy_manuals/rehabilitation_services_and_claims_manual/default.asp).

Lange, Donald J. *The Doctrine of Res Judicata in Canada*, 3rd ed. Markham, Ont. : LexisNexis Canada, 2010.

Lovett, Deborah K., and Angela R. Westmacott. « Human Rights Review : A Background Paper », prepared for Administrative Justice Project, Ministry of Attorney General of British Columbia, 2001 (online : <http://www.llbc.leg.bc.ca/public/PubDocs/bcdocs/350060/hrr.pdf>).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (les juges Huddart, Frankel et Tysoe), 2010 BCCA 77, 2 B.C.L.R. (5th) 274, 316 D.L.R. (4th) 648, 284 B.C.A.C. 50, 481 W.A.C. 50, 3 Admin. L.R. (5th) 49, [2010] B.C.J. No. 259 (QL), 2010 CarswellBC 330, qui a annulé une décision de la juge Stromberg-Stein, 2009 BCSC 377, 93 B.C.L.R. (4th) 384, 96 Admin. L.R. (4th) 250, [2009] B.C.J. No. 554 (QL), 2009 CarswellBC 737. Pourvoi accueilli.

Scott A. Nielsen et Laurel Courtenay, pour l'appelante.

Lindsay Waddell, James Sayre et Kevin Love, pour les intimés Guiseppa Figliola, Kimberley Sallis et Barry Dearden.

Jessica M. Connell et Katherine Hardie, pour l'intimé British Columbia Human Rights Tribunal.

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

Peter A. Gall, c.r., et *Nitya Iyer*, pour l'intervenante Coalition of BC Businesses.

Sheila Osborne-Brown et Philippe Dufresne, pour l'intervenante la Commission canadienne des droits de la personne.

Janice R. Ashcroft, for the intervener the Alberta Human Rights Commission.

Ryan D. W. Dalziel, for the intervener the Vancouver Area Human Rights Coalition Society.

The judgment of LeBel, Deschamps, Abella, Charron and Rothstein JJ. was delivered by

[1] ABELLA J. — Litigants hope to have their legal issues resolved as equitably and expeditiously as possible by an authoritative adjudicator. Subject only to rights of review or appeal, they expect, in the interests of fairness, to be able to rely on the outcome as final and binding. What they do not expect is to have those same issues relitigated by a different adjudicator in a different forum at the request of a losing party seeking a different result. On the other hand, it may sometimes be the case that justice demands fresh litigation.

[2] In British Columbia, there is legislation giving the Human Rights Tribunal a discretion to refuse to hear a complaint if the substance of that complaint has already been appropriately dealt with in another proceeding. The issue in this appeal is how that discretion ought to be exercised when another tribunal with concurrent human rights jurisdiction has disposed of the complaint.

Background

[3] Guiseppe Figliola, Kimberley Sallis, and Barry Dearden suffered from chronic pain. Mr. Figliola suffered a lower back injury while trying to place a sixty-pound, steel airshaft in the centre of a roll of paper. Ms. Sallis fell down a set of slippery stairs while delivering letters for Canada Post. Mr. Dearden, who also worked for Canada Post, developed back pain while delivering mail.

[4] Each of them sought compensation from the British Columbia's Workers' Compensation Board

Janice R. Ashcroft, pour l'intervenante Alberta Human Rights Commission.

Ryan D. W. Dalziel, pour l'intervenante Vancouver Area Human Rights Coalition Society.

Version française du jugement des juges LeBel, Deschamps, Abella, Charron et Rothstein rendu par

[1] LA JUGE ABELLA — Quiconque est partie à un litige souhaite que les questions juridiques en cause soient tranchées le plus équitablement et rapidement possible par un décideur faisant autorité et, par souci d'équité, veut l'assurance que la décision rendue sera définitive et exécutoire, exception faite du droit d'en demander le contrôle judiciaire ou d'interjeter appel. Personne ne s'attend à ce que les mêmes questions soient réexaminées devant un autre forum à la demande d'une partie déboutée cherchant à obtenir un résultat différent. Il y a cependant des cas où la justice impose de reprendre le litige.

[2] En Colombie-Britannique, la loi confère au tribunal des droits de la personne le pouvoir discrétionnaire de refuser d'entendre une plainte sur le fond de laquelle un décideur s'est déjà prononcé de façon appropriée. En l'espèce, la Cour est appelée à déterminer comment doit s'exercer ce pouvoir discrétionnaire lorsqu'un autre tribunal administratif, qui a une compétence concurrente en matière de droits de la personne, a déjà rendu une décision.

Contexte

[3] Guiseppe Figliola, Kimberley Sallis et Barry Dearden sont aux prises avec des douleurs chroniques. M. Figliola s'est blessé dans la région lombaire en tentant d'installer une tige d'aération en acier de soixante livres au centre d'un rouleau de papier. M^{me} Sallis est tombée dans un escalier glissant en livrant du courrier pour Postes Canada. M. Dearden, qui travaillait lui aussi pour Postes Canada, a commencé à éprouver des douleurs au dos en livrant du courrier.

[4] Chacun d'eux a soumis à la Workers' Compensation Board de la Colombie-Britannique

for, among other things, their chronic pain. The employers were notified in each case.

[5] The Board's chronic pain policy, set by its board of directors, provided for a fixed award for such pain:

Where a Board officer determines that a worker is entitled to [an] award for chronic pain . . . an award equal to 2.5% of total disability will be granted to the worker.

(*Rehabilitation Services and Claims Manual*, vol. I, Policy No. 39.01, Chronic Pain, at para. 4(b); later replaced by vol. II, Policy No. 39.02, Chronic Pain (online).)

[6] Pursuant to this policy, the complainants received a fixed compensation award amounting to 2.5% of total disability for their chronic pain. The Workers' Compensation Board expresses partial disability as a percentage of the disability suffered by a completely disabled worker. This is intended to reflect "the extent to which a particular injury is likely to impair a worker's ability to earn in the future" (*Rehabilitation Services and Claims Manual*, vol. II, Policy No. 39.00).

[7] Each complainant appealed to the Board's Review Division, arguing that a policy which set a fixed award for chronic pain was patently unreasonable, unconstitutional under s. 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, and discriminatory on the grounds of disability under s. 8 of the *Human Rights Code*, R.S.B.C. 1996, c. 210.

[8] At the Review Division, the Review Officer, Nick Attewell, found that only the Workers' Compensation Appeal Tribunal ("WCAT") had the authority to scrutinize policies for patent

(la « Commission ») une demande d'indemnisation fondée, entre autres, sur leurs douleurs chroniques. L'employeur a été avisé dans chaque cas.

[5] La politique de la Commission, établie par le comité de direction de l'organisme, prévoit une indemnité d'un montant fixe dans les cas de douleur chronique :

[TRADUCTION] Lorsqu'un agent de la Commission conclut qu'un travailleur a droit à l'indemnité pour douleur chronique [. . .], celle-ci équivaut à 2,5 % de l'indemnité à laquelle il aurait droit en cas d'invalidité totale.

(*Rehabilitation Services and Claims Manual*, vol. I, politique n° 39.01, Chronic Pain, al. 4b); remplacée par vol. II, politique n° 39.02, Chronic Pain (en ligne).)

[6] En application de cette politique, les plaignants ont touché, pour leurs douleurs chroniques, une indemnité d'un montant fixe équivalant à 2,5 % du montant qui aurait été alloué en cas d'invalidité totale. Pour la Commission, l'invalidité partielle s'exprime sous forme de pourcentage de l'incapacité d'un travailleur totalement invalide. On vise ainsi à rendre compte de [TRADUCTION] « la mesure dans laquelle une blessure particulière est susceptible de nuire à la capacité du travailleur de gagner un revenu » (*Rehabilitation Services and Claims Manual*, vol. II, politique n° 39.00).

[7] Chaque plaignant a interjeté appel devant la *Review Division* de la Commission (la « Section de révision »), soutenant que la politique de l'indemnité fixe pour les douleurs chroniques était manifestement déraisonnable, qu'elle était inconstitutionnelle au regard de l'art. 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et qu'elle constituait de la discrimination fondée sur la déficience au sens où il faut l'entendre pour l'application de l'art. 8 du *Human Rights Code*, R.S.B.C. 1996, ch. 210 (« Code »).

[8] L'agent de révision, Nick Attewell, a conclu que la question de savoir si une politique de la Commission était manifestement déraisonnable relevait exclusivement du Workers' Compensation

unreasonableness. He also concluded that, since the combination of s. 44 of the *Administrative Tribunals Act*, S.B.C. 2004, c. 45 (“ATA”), and s. 245.1 of the *Workers Compensation Act*, R.S.B.C. 1996, c. 492, expressly deprived the WCAT of jurisdiction over constitutional questions, this meant that he too had no such jurisdiction.

[9] The Review Officer accepted that he had jurisdiction over the *Human Rights Code* complaint. This authority flowed from this Court’s decision in *Tranchemontagne v. Ontario (Director, Disability Support Program)*, 2006 SCC 14, [2006] 1 S.C.R. 513, where the majority concluded that human rights tribunals did not have exclusive jurisdiction over human rights cases and that unless there was statutory language to the contrary, other tribunals had concurrent jurisdiction to apply human rights legislation.

[10] In careful and thorough reasons, the Review Officer concluded that the Board’s chronic pain policy was not contrary to s. 8 of the *Code* and therefore not discriminatory.

[11] The complainants appealed Mr. Attewell’s decision to the WCAT. Before the appeal was heard, the B.C. legislature amended the *Administrative Tribunals Act* and the *Workers Compensation Act*, removing the WCAT’s authority to apply the *Code (Attorney General Statutes Amendment Act, 2007, S.B.C. 2007, c. 14)*. The effect of this amendment on a Review Officer’s authority to address the *Code* is not before us and was not argued by any of the parties.

[12] Based on the amendments, the complainants’ appeal of the Review Officer’s human rights conclusions could not be heard by the WCAT, but judicial review remained available. Instead of applying for judicial review, however, the complainants filed new complaints with the Human Rights Tribunal, repeating the same s. 8 arguments about the Board’s chronic pain policy that they had made before the Review Division. They did not proceed

Appeal Tribunal (« WCAT »). Il a aussi conclu que le WCAT étant expressément privé de compétence en matière constitutionnelle par effet combiné de l’art. 44 de l’*Administrative Tribunals Act*, S.B.C. 2004, ch. 45 (« ATA »), et de l’art. 245.1 de la *Workers Compensation Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 492, il en était lui aussi dépourvu.

[9] L’agent de révision s’est toutefois estimé compétent pour entendre la plainte fondée sur le *Code* en raison de l’arrêt *Tranchemontagne c. Ontario (Directeur du Programme ontarien de soutien aux personnes handicapées)*, 2006 CSC 14, [2006] 1 R.C.S. 513, dans lequel notre Cour a conclu, à la majorité, que les tribunaux des droits de la personne n’étaient pas investis d’une compétence exclusive et, que, à moins de dispositions législatives contraires, d’autres tribunaux administratifs pouvaient exercer une compétence concurrente en matière d’application des lois sur les droits de la personne.

[10] Au terme de motifs minutieux et approfondis, l’agent de révision a conclu que la politique de la Commission relative à la douleur chronique n’enfreignait pas l’art. 8 du *Code* et qu’elle n’était donc pas discriminatoire.

[11] Les plaignants ont porté la décision de M. Attewell en appel devant le WCAT. Avant l’instruction de l’appel, la législature de la Colombie-Britannique a modifié l’*Administrative Tribunals Act* et la *Workers Compensation Act*, et supprimé la compétence du WCAT en matière d’application du *Code (Attorney General Statutes Amendment Act, 2007, S.B.C. 2007, ch. 14)*. Aucune des parties n’a soulevé la question de l’effet de cette modification sur le pouvoir de l’agent de révision de se prononcer sur une question relevant du *Code* et nous n’en sommes pas saisis.

[12] Compte tenu des modifications, l’appel interjeté par les plaignants des conclusions de l’agent de révision relatives aux droits de la personne ne pouvait pas être entendu par le WCAT, mais il leur était toujours loisible de demander un contrôle judiciaire. Or, plutôt que de procéder ainsi, les plaignants ont déposé devant le tribunal des droits de la personne (« Tribunal ») de nouvelles plaintes dans lesquelles ils reprenaient l’argument qu’ils avaient soumis à la

with their appeal to the WCAT from the conclusions of the Review Officer dealing with whether he had jurisdiction to find the chronic pain policy to be patently unreasonable.

[13] The Workers' Compensation Board brought a motion asking the Tribunal to dismiss the new complaints, arguing that under s. 27(1)(a) of the *Code*, the Tribunal had no jurisdiction, and that under s. 27(1)(f), the complaints had already been appropriately dealt with by the Review Division. Those provisions state:

27 (1) A member or panel may, at any time after a complaint is filed and with or without a hearing, dismiss all or part of the complaint if that member or panel determines that any of the following apply:

(a) the complaint or that part of the complaint is not within the jurisdiction of the tribunal;

. . .

(f) the substance of the complaint or that part of the complaint has been appropriately dealt with in another proceeding;

[14] The Tribunal rejected both arguments (2008 BCHRT 374 (CanLII)). Of particular relevance, it did not agree that the complaints should be dismissed under s. 27(1)(f). Citing *British Columbia (Ministry of Competition, Science & Enterprise) v. Matuszewski*, 2008 BCSC 915, 82 Admin. L.R. (4th) 308, and relying on this Court's decision in *Danyluk v. Ainsworth Technologies Inc.*, 2001 SCC 44, [2001] 2 S.C.R. 460, the Tribunal concluded that "the substance of the Complaints was not appropriately dealt with in the review process. . . . [T]he issue raised is an appropriate question for the Tribunal to consider and the parties to the Complaints should receive the benefit of a full Tribunal hearing" (para. 50).

Section de révision, selon lequel la politique de la Commission en matière de douleur chronique était contraire à l'art. 8 du *Code*. Ils n'ont pas poursuivi l'appel interjeté devant le WCAT à l'encontre de la conclusion de l'agent de révision relative à sa compétence pour décider si cette politique est manifestement déraisonnable.

[13] La Commission a présenté au Tribunal une requête pour rejet des nouvelles plaintes, dans laquelle elle soutenait, d'une part, que le Tribunal n'avait pas compétence pour les entendre (27(1)a) du *Code* et, d'autre part, que la Section de révision avait déjà statué de façon appropriée sur le fond de la plainte (27(1)f) du *Code*. Voici le texte de ces dispositions :

[TRADUCTION]

27 (1) Un membre ou une formation peut, à tout moment après le dépôt d'une plainte, la rejeter en totalité ou en partie, avec ou sans audience si, à son avis, l'une ou l'autre des circonstances suivantes est applicable :

a) la plainte ou une partie de la plainte ne relève pas de la compétence du tribunal;

. . .

f) il a été statué de façon appropriée sur le fond de la plainte dans une autre instance;

[14] Le Tribunal a rejeté les deux arguments (2008 BCHRT 374 (CanLII)). Il a notamment conclu qu'il n'y avait pas lieu de rejeter les plaintes en vertu de l'al. 27(1)f), conclusion qui intéresse particulièrement la présente espèce. Citant *British Columbia (Ministry of Competition, Science & Enterprise) c. Matuszewski*, 2008 BCSC 915, 82 Admin. L.R. (4th) 308, et s'appuyant sur l'arrêt *Danyluk c. Ainsworth Technologies Inc.*, 2001 CSC 44, [2001] 2 R.C.S. 460, de notre Cour, le Tribunal a jugé qu'il [TRADUCTION] « n'a pas été statué de façon appropriée sur le fond de la plainte dans le cadre du processus de révision. [. . .] [L]a question soulevée est une question que le Tribunal peut à bon droit considérer et il convient que les parties puissent bénéficier d'une audience en bonne et due forme par le tribunal » (par. 50).

[15] On judicial review, the Tribunal's decision was set aside by Justice Stromberg-Stein (2009 BCSC 377, 93 B.C.L.R. (4th) 384). She concluded that the same issues had already been "conclusively decided" by the Review Officer and that the Tribunal had failed to take into proper account the principles of *res judicata*, collateral attack, and abuse of process (paras. 40 and 54). She found that for the Tribunal to proceed would be a violation of the principles of consistency, finality and the integrity of the administration of justice. In her view, the complaints to the Tribunal were merely a veiled attempt to circumvent judicial review:

The Tribunal would be ruling on the correctness of the Review Division decision. That is not the role of the Tribunal and to do so constitutes an abuse of process. [para. 56]

[16] As for which standard of review applied, her view was that the Tribunal's decision ought to be set aside whether the standard was correctness or patent unreasonableness.

[17] The Court of Appeal restored the Tribunal's decision (2010 BCCA 77, 2 B.C.L.R. (5th) 274). It interpreted s. 27(1)(f) as reflecting the legislature's intention to confer jurisdiction on the Tribunal to adjudicate human rights complaints even when the same issue had previously been dealt with by another tribunal. This did not represent the Tribunal exercising appellate review over the other proceeding, it flowed from the Tribunal's role in determining whether the previous proceeding had substantively addressed the human rights issues.

[18] On the question of the standard of review, the Court of Appeal concluded that the issue revolved around s. 27(1)(f). Since a decision under s. 27(1)(f) is discretionary, the appropriate standard according to the jurisprudence is patent unreasonableness: see *Workers' Compensation Appeal Tribunal (B.C.) v. Hill*, 2011 BCCA 49, 299 B.C.A.C. 129;

[15] À l'issue d'un contrôle judiciaire, la juge Stromberg-Stein a annulé cette décision (2009 BCSC 377, 93 B.C.L.R. (4th) 384), estimant que l'agent de révision avait déjà [TRADUCTION] « statué de façon définitive » sur les mêmes questions et que le Tribunal n'avait pas dûment tenu compte des principes applicables en matière d'autorité de la chose jugée, de contestation indirecte et d'abus de procédure (par. 40 et 54). Elle a conclu que, si le Tribunal entendait les plaintes, cela violerait les principes de cohérence, de caractère définitif des instances et d'intégrité de l'administration de la justice. Selon elle, les plaintes déposées devant le Tribunal relevaient d'une tentative déguisée d'é luder le contrôle judiciaire :

[TRADUCTION] Le Tribunal se trouverait à se prononcer sur le bien-fondé de la décision de la Section de révision. Ce n'est pas son rôle, et il y aurait abus de procédure s'il le faisait. [par. 56]

[16] S'agissant de la norme de contrôle applicable, la juge a exprimé l'avis que la décision du Tribunal devait être annulée que l'on applique la norme de la décision correcte ou celle de la décision manifestement déraisonnable.

[17] La Cour d'appel a rétabli la décision du Tribunal (2010 BCCA 77, 2 B.C.L.R. (5th) 274). Suivant son interprétation de l'al. 27(1)(f), cette disposition reflète l'intention du législateur de conférer au Tribunal la compétence de statuer sur les plaintes relevant des droits de la personne, même lorsqu'un autre tribunal s'est déjà prononcé sur les mêmes questions. Cet examen par le Tribunal ne constituait pas l'exercice d'une compétence d'appel, mais découlait de son rôle consistant à déterminer si l'instance antérieure avait permis de statuer de façon appropriée sur le fond des questions relatives aux droits de la personne.

[18] Au sujet de la norme de contrôle, la Cour d'appel a conclu que la question mettait en cause l'al. 27(1)(f) et que, compte tenu de la nature discrétionnaire des décisions fondées sur cette disposition, la norme applicable, suivant la jurisprudence, est celle de la décision manifestement déraisonnable : voir *Workers' Compensation*

Berezoutskaia v. Human Rights Tribunal (B.C.), 2006 BCCA 95, 223 B.C.A.C. 71; *Hines v. Canpar Industries Ltd.*, 2006 BCSC 800, 55 B.C.L.R. (4th) 372; and *Matuszewski*. This was based on s. 59(3) of the ATA, which sets out the relevant standard, and on s. 59(4), which sets out a number of indicia:

59 (1) In a judicial review proceeding, the standard of review to be applied to a decision of the tribunal is correctness for all questions except those respecting the exercise of discretion, findings of fact and the application of the common law rules of natural justice and procedural fairness.

(3) A court must not set aside a discretionary decision of the tribunal unless it is patently unreasonable.

(4) For the purposes of subsection (3), a discretionary decision is patently unreasonable if the discretion

- (a) is exercised arbitrarily or in bad faith,
- (b) is exercised for an improper purpose,
- (c) is based entirely or predominantly on irrelevant factors, or
- (d) fails to take statutory requirements into account.

[19] The Court of Appeal concluded that the Tribunal's decision was not patently unreasonable.

[20] I agree with the conclusion that, based on the directions found in s. 59(3) of the ATA, the Tribunal's decision is to be reviewed on a standard of patent unreasonableness. In my respectful view, however, I see the Tribunal's decision not to dismiss the complaints in these circumstances as reaching that threshold.

Appeal Tribunal (B.C.) c. Hill, 2011 BCCA 49, 299 B.C.A.C. 129; *Berezoutskaia c. Human Rights Tribunal (B.C.)*, 2006 BCCA 95, 223 B.C.A.C. 71; *Hines c. Canpar Industries Ltd.*, 2006 BCSC 800, 55 B.C.L.R. (4th) 372; et *Matuszewski*. La cour a fondé cette conclusion sur le par. 59(3) de l'ATA, qui définit la norme applicable, et sur le par. 59(4), qui énonce différents critères présidant à son application :

[TRADUCTION]

59 (1) Le contrôle judiciaire d'une décision du tribunal s'effectue suivant la norme de la décision correcte, sauf à l'égard des questions relatives à l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire, des conclusions de fait et des questions d'application des règles de la common law en matière de justice naturelle et d'équité procédurale.

(3) Une décision discrétionnaire du tribunal n'est susceptible d'annulation par un tribunal judiciaire que si elle est manifestement déraisonnable.

(4) Pour l'application du paragraphe précédent, est manifestement déraisonnable une décision discrétionnaire, si le pouvoir discrétionnaire a été exercé de l'une ou l'autre des façons suivantes :

- a) arbitrairement ou de mauvaise foi;
- b) à des fins illégitimes;
- c) entièrement ou principalement sur le fondement de facteurs non pertinents;
- d) sans tenir compte d'exigences prévues par la loi.

[19] La Cour d'appel a conclu que la décision du Tribunal n'était pas manifestement déraisonnable.

[20] Je souscris à la conclusion que, compte tenu des dispositions du par. 59(3) de l'ATA, la norme de contrôle applicable est celle de la décision manifestement déraisonnable. Cela dit, j'estime toutefois respectueusement que la décision du Tribunal de ne pas rejeter les plaintes répond à cette norme.

Analysis

[21] The question of jurisdiction is not seriously at issue in this appeal. Since *Tranchemontagne*, tribunals other than human rights commissions have rightly assumed that, absent legislative intent to the contrary, they have concurrent jurisdiction to apply human rights legislation. That means that at the time these complaints were brought, namely, before the amendments to the *ATA* removed the WCAT's human rights jurisdiction, both the Workers' Compensation Board and the Human Rights Tribunal had ostensible authority to hear human rights complaints. Since the complainants brought their complaints to the Board, and since either the Board or the Tribunal was entitled to hear the issue, the Board had jurisdiction when it decided the complainants' human rights issues. But based on their concurrent jurisdiction when this complaint was brought to the Board, there is no serious question that the Tribunal, in theory, also had authority over these human rights complaints. This means that s. 27(1)(a) of the *Code* is not in play.

[22] The question then arises: when two bodies share jurisdiction over human rights, what ought to guide the Tribunal under s. 27(1)(f) in deciding when to dismiss all or part of a complaint that has already been decided by the other tribunal?

[23] In *Matuszewski*, Pitfield J. explored the contours and concepts of this provision. In that case, the collective agreement had banned the accrual of seniority while an employee was on long-term disability. The union grieved, alleging that the provision was discriminatory. The arbitrator concluded that it was not. The union did not seek judicial review from the arbitrator's decision. One of the employees in the bargaining unit filed a complaint with the Human Rights Tribunal alleging that the same collective agreement provision was discriminatory.

Analyse

[21] La question de la compétence ne se pose pas véritablement en l'espèce. Depuis l'arrêt *Tranchemontagne*, les tribunaux administratifs autres que les commissions des droits de la personne ont raison de considérer que, lorsque le législateur n'exprime pas d'intention contraire, ils exercent une compétence concurrente en matière d'application des lois sur les droits de la personne. Il s'ensuit que, à l'époque où les plaintes en cause en l'espèce ont été déposées, soit avant que les modifications à l'*ATA* ne retirent au WCAT sa compétence en matière de droits de la personne, la Commission et le Tribunal avaient manifestement tous deux compétence pour entendre des plaintes en cette matière. Puisque les plaignants ont saisi la Commission, et puisque celle-ci était habilitée, tout autant que le Tribunal, à entendre l'affaire, la Commission agissait dans le cadre de sa compétence lorsqu'elle s'est prononcée sur les questions de droits de la personne. Cependant, vu leur compétence concurrente au moment où la Commission a été saisie de l'affaire, on ne peut guère douter que le Tribunal était lui aussi habilité, en théorie, à connaître de ces plaintes relatives aux droits de la personne. Par conséquent, l'al. 27(1)a du *Code* ne joue pas en l'espèce.

[22] La question qui se pose alors est donc celle de savoir sur quoi doit se fonder le Tribunal, en cas de compétence concurrente en matière de droits de la personne, pour déterminer s'il y a lieu de rejeter une plainte en totalité ou en partie en application de l'al. 27(1)f) parce qu'un autre tribunal administratif a déjà statué sur le fond de l'affaire.

[23] Dans *Matuszewski*, le juge Pitfield a examiné les limites de cette disposition ainsi que les concepts qu'elle vise. Dans cette affaire, il était question d'une convention collective qui suspendait l'accumulation d'ancienneté pendant les périodes d'incapacité prolongée. Le syndicat avait soumis un grief fondé sur le caractère discriminatoire de la clause. L'arbitre avait toutefois conclu qu'il n'y avait pas discrimination, et le syndicat n'avait pas exercé de recours en contrôle judiciaire. Un employé de l'unité de négociation avait déposé,

The Human Rights Tribunal refused to dismiss this fresh complaint.

[24] On judicial review of the Tribunal's decision, Pitfield J. concluded that the Tribunal's refusal to dismiss the complaint was patently unreasonable. In his view, s. 27(1)(f) is the statutory mechanism through which the Tribunal can prevent conflicting decisions arising from the same issues. This flows from the concurrent jurisdiction exercised over the *Code* by the Tribunal and other tribunals. While s. 27(1)(f) does not call for a strict application of the doctrines of issue estoppel, collateral attack, or abuse of process, the principles underlying all three of these doctrines are "factors of primary importance that must be taken into account when exercising discretion under s. 27(1)(f) of the *Human Rights Code* to proceed, or to refrain from proceeding, with the hearing of a complaint" (para. 31).

[25] I agree with Pitfield J.'s conclusion that s. 27(1)(f) is the statutory reflection of the collective principles underlying those doctrines, doctrines used by the common law as vehicles to transport and deliver to the litigation process principles of finality, the avoidance of multiplicity of proceedings, and protection for the integrity of the administration of justice, all in the name of fairness. They are vibrant principles in the civil law as well (*Civil Code of Québec*, S.Q. 1991, c. 64, art. 2848; *Boucher v. Stelco Inc.*, 2005 SCC 64, [2005] 3 S.C.R. 279; *Rocois Construction Inc. v. Québec Ready Mix Inc.*, [1990] 2 S.C.R. 440, at p. 448).

[26] As a result, given that multiple tribunals frequently exercise concurrent jurisdiction over the same issues, it is not surprising that the common law doctrines also find expression in the administrative law context through statutory mechanisms such as s. 27(1)(f). A brief review of these doctrines, therefore, can be of assistance in better assessing whether their underlying principles have been respected in this case.

devant le Tribunal des droits de la personne, une plainte alléguant que la même clause de la convention collective était discriminatoire. Le Tribunal a refusé de rejeter la nouvelle plainte.

[24] Saisi d'une demande de contrôle judiciaire, le juge Pitfield a conclu que la décision du Tribunal de ne pas rejeter la plainte était manifestement déraisonnable. Selon lui, l'al. 27(1)f est le moyen que le législateur a mis à la disposition du Tribunal pour éviter le prononcé de décisions contradictoires dans des affaires portant sur les mêmes faits, situation qui peut se produire en raison de la compétence concurrente que le Tribunal et d'autres tribunaux administratifs exercent à l'égard du *Code*. Bien que l'al. 27(1)f n'exige pas la stricte application des règles en matière de préclusion découlant d'une question déjà tranchée, de contestation indirecte ou d'abus de procédure, les principes fondateurs de ces trois doctrines demeurent [TRADUCTION] « des facteurs primordiaux à prendre en compte dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire d'entendre ou non une plainte conféré par l'al. 27(1)f du *Human Rights Code* » (par. 31).

[25] Comme le juge Pitfield, je suis d'avis que l'al. 27(1)f reflète l'ensemble des principes sous-jacents de ces règles, auxquelles la common law a eu recours comme véhicule pour porter, en contexte de procédures judiciaires, les principes de caractère définitif des instances, de prévention de leur multiplication et de protection de l'intégrité de l'administration de la justice, dans chaque cas, par souci d'équité. Ces principes animent également le droit civil (*Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64, art. 2848; *Boucher c. Stelco Inc.*, 2005 CSC 64, [2005] 3 R.C.S. 279; *Rocois Construction Inc. c. Québec Ready Mix Inc.*, [1990] 2 R.C.S. 440, p. 448).

[26] Puisque de multiples tribunaux exercent fréquemment des compétences concurrentes quant aux mêmes questions, il n'est pas surprenant que les doctrines de common law s'appliquent également en contexte de droit administratif sous la forme de mécanismes légaux comme celui qu'établit l'al. 27(1)f. Par conséquent, un bref examen de ces doctrines pourrait permettre de mieux évaluer si leurs principes sous-jacents ont été respectés en l'espèce.

[27] The three preconditions of issue estoppel are whether the same question has been decided; whether the earlier decision was final; and whether the parties, or their privies, were the same in both proceedings (*Angle v. Minister of National Revenue*, [1975] 2 S.C.R. 248, at p. 254). These concepts were most recently examined by this Court in *Danyluk*, where Binnie J. emphasized the importance of finality in litigation: “A litigant . . . is only entitled to one bite at the cherry. . . . Duplicative litigation, potential inconsistent results, undue costs, and inconclusive proceedings are to be avoided” (para. 18). Parties should be able to rely particularly on the conclusive nature of administrative decisions, he noted, since administrative regimes are designed to facilitate the expeditious resolution of disputes (para. 50). All of this is guided by the theory that “estoppel is a doctrine of public policy that is designed to advance the interests of justice” (para. 19).

[28] The rule against collateral attack similarly attempts to protect the fairness and integrity of the justice system by preventing duplicative proceedings. It prevents a party from using an institutional detour to attack the validity of an order by seeking a different result from a different forum, rather than through the designated appellate or judicial review route: see *Canada (Attorney General) v. TeleZone Inc.*, 2010 SCC 62, [2010] 3 S.C.R. 585, and *Garland v. Consumers' Gas Co.*, 2004 SCC 25, [2004] 1 S.C.R. 629.

[29] Both collateral attack and *res judicata* received this Court's attention in *Boucher*. The Ontario Superintendent of Pensions had ordered and approved a partial wind-up report according to which members of the plan employed in Quebec were not to receive early retirement benefits, due to the operation of Quebec law. The employees were notified, but chose not to contest the Superintendent's decision to approve the report. Instead, several of them started an action against their employer in the Quebec Superior Court claiming their entitlement to early retirement benefits. LeBel J. rejected the employees'

[27] Les trois conditions d'application de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée sont que la même question ait été décidée, que la décision déjà rendue soit définitive et que les parties, ou leurs ayants droit, soient les mêmes (*Angle c. Ministre du Revenu National*, [1975] 2 R.C.S. 248, p. 254). La décision la plus récente de notre Cour sur ces notions est l'arrêt *Danyluk*; le juge Binnie y a souligné l'importance du caractère définitif des litiges : « . . . un plaideur n'a droit qu'à une seule tentative. [. . .] Les instances faisant double emploi, les risques de résultats contradictoires, les frais excessifs et les procédures non décisives doivent être évités » (par. 18). Il a indiqué que les parties devaient pouvoir être assurées du caractère définitif des décisions administratives, en particulier, parce que ces régimes visent à faciliter le règlement rapide des différends (par. 50). Tout cela repose sur le principe que « la préclusion est une doctrine d'intérêt public qui tend à favoriser les intérêts de la justice » (par. 19).

[28] La règle interdisant la contestation indirecte vise elle aussi la protection de l'équité et de l'intégrité du système judiciaire en empêchant la répétition des instances. Elle empêche les détours institutionnels ayant pour but d'attaquer la validité d'une ordonnance en tentant d'obtenir un résultat différent devant un forum différent plutôt qu'en suivant la procédure d'appel ou de contrôle judiciaire prescrite : voir *Canada (Procureur général) c. TeleZone Inc.*, 2010 CSC 62, [2010] 3 R.C.S. 585, et *Garland c. Consumers' Gas Co.*, 2004 CSC 25, [2004] 1 R.C.S. 629.

[29] Dans *Boucher*, notre Cour a examiné tant la contestation indirecte que le principe de l'autorité de la chose jugée. Le surintendant des régimes de retraite de l'Ontario avait ordonné une liquidation partielle et approuvé un rapport de liquidation prévoyant que, conformément au droit québécois, les participants employés au Québec ne toucheraient pas de pension anticipée. Les employés ont été prévenus, mais ont décidé de ne pas contester la décision du surintendant d'approuver le rapport. Certains d'entre eux ont plutôt revendiqué leur droit à une pension anticipée dans une action contre leur employeur intentée en Cour supérieure du Québec.

claim. Administrative law, he noted, has review mechanisms in place for reducing error or injustice. Those are the mechanisms parties should use. The decision to pursue a court action instead of judicial review resulted in “an impermissible collateral attack on the Superintendent’s decision”:

Modern adjective law and administrative law have gradually established various appeal mechanisms and sophisticated judicial review procedures, so as to reduce the chance of errors or injustice. Even so, the parties must avail themselves of those options properly and in a timely manner. Should they fail to do so, the case law does not in most situations allow collateral attacks on final decisions . . . [para. 35]

[30] In other words, the harm to the justice system lies not in challenging the correctness or fairness of a judicial or administrative decision in the proper forums, it comes from inappropriately circumventing them (*Toronto (City) v. C.U.P.E., Local 79*, 2003 SCC 63, [2003] 3 S.C.R. 77, at para. 46).

[31] And finally, we come to the doctrine of abuse of process, which too has as its goal the protection of the fairness and integrity of the administration of justice by preventing needless multiplicity of proceedings, as was explained by Arbour J. in *Toronto (City)*. The case involved a recreation instructor who was convicted of sexually assaulting a boy under his supervision and was fired after his conviction. He grieved the dismissal. The arbitrator decided that the conviction was admissible evidence but not binding on him. As a result, he concluded that the instructor had been dismissed without cause.

[32] Arbour J. found that the arbitrator was wrong not to give full effect to the criminal conviction even though neither *res judicata* nor the rule against collateral attack strictly applied. Because the effect of the arbitrator’s decision was to relitigate

Le juge LeBel a rejeté leur prétention, indiquant que le droit administratif établit des mécanismes de révision visant à réduire les possibilités d’erreur ou d’injustice et que ce sont là les mécanismes auxquels les parties doivent avoir recours. La décision d’intenter une action plutôt que de recourir au contrôle judiciaire constituait « la contestation indirecte inadmissible de la décision du surintendant » :

Le droit judiciaire et le droit administratif modernes ont graduellement établi des mécanismes d’appel divers, voire des procédures élaborées de contrôle judiciaire, pour réduire les possibilités d’erreur ou d’injustice. Encore faut-il que les parties sachent les utiliser à bon escient et en temps opportun. À défaut, la jurisprudence ne permettra pas, en règle générale, la contestation indirecte d’une décision devenue finale . . . [par. 35]

[30] Autrement dit, ce n’est pas la contestation du bien-fondé ou de l’équité d’une décision judiciaire ou administrative devant les forums compétents qui est préjudiciable au système judiciaire, c’est le fait d’éluder ces mécanismes de révision (*Toronto (Ville) c. S.C.F.P., section locale 79*, 2003 CSC 63, [2003] 3 R.C.S. 77, par. 46).

[31] La dernière règle est celle qui régit l’abus de procédure. Elle vise aussi à protéger l’équité et l’intégrité de l’administration de la justice en empêchant le dédoublement inutile d’instances, comme l’a expliqué la juge Arbour dans *Toronto (Ville)*. Dans cette affaire, la municipalité avait congédié un instructeur en loisirs qui avait été déclaré coupable d’agression sexuelle sur la personne d’un jeune garçon confié à sa surveillance. Un grief contestant le congédiement avait été déposé, et l’arbitre qui en avait été saisi, après avoir indiqué que la déclaration de culpabilité était recevable en preuve, mais qu’elle ne le liait pas, avait jugé que l’instructeur avait été congédié sans motif valable.

[32] La juge Arbour a conclu que l’arbitre avait eu tort de ne pas donner plein effet à la déclaration de culpabilité même si, strictement parlant, les doctrines de l’autorité de la chose jugée ou de l’interdiction de la contestation indirecte ne s’appliquaient

the conviction for sexual assault, the proceeding amounted to a “blatant abuse of process” (para. 56).

[33] Even where *res judicata* is not strictly available, Arbour J. concluded, the doctrine of abuse of process can be triggered where allowing the litigation to proceed would violate principles such as “judicial economy, consistency, finality and the integrity of the administration of justice” (para. 37). She stressed the goals of avoiding inconsistency and wasting judicial and private resources:

[Even] if the same result is reached in the subsequent proceeding, the relitigation will prove to have been a waste of judicial resources as well as an unnecessary expense for the parties and possibly an additional hardship for some witnesses. Finally, if the result in the subsequent proceeding is different from the conclusion reached in the first on the very same issue, the inconsistency, in and of itself, will undermine the credibility of the entire judicial process, thereby diminishing its authority, its credibility and its aim of finality. [para. 51]

(See also *R. v. Mahalingan*, 2008 SCC 63, [2008] 3 S.C.R. 316, at para. 106, *per* Charron J.)

[34] At their heart, the foregoing doctrines exist to prevent unfairness by preventing “abuse of the decision-making process” (*Danyluk*, at para. 20; see also *Garland*, at para. 72, and *Toronto (City)*, at para. 37). Their common underlying principles can be summarized as follows:

- It is in the interests of the public and the parties that the finality of a decision can be relied on (*Danyluk*, at para. 18; *Boucher*, at para. 35).
- Respect for the finality of a judicial or administrative decision increases fairness and the integrity of the courts, administrative tribunals and the administration of justice; on the other hand, relitigation of issues that have been previously decided in an appropriate forum may undermine confidence in this fairness

pas. Parce que la décision de l'arbitre avait pour effet de remettre en cause la déclaration de culpabilité pour agression sexuelle, l'instance constituait un « abus flagrant de procédure » (par. 56).

[33] La juge Arbour a conclu que la doctrine de l'abus de procédure peut entrer en jeu, même lorsque les exigences du principe de l'autorité de la chose jugée ne sont pas strictement remplies, lorsqu'il y aurait violation de principes comme ceux « d'économie, de cohérence, de caractère définitif des instances et d'intégrité de l'administration de la justice » si l'instance était autorisée à aller de l'avant (par. 37). La juge a insisté sur l'importance d'éviter les contradictions et le gaspillage de ressources judiciaires et privées :

[Même] si l'instance subséquente donne lieu à une conclusion similaire, la remise en cause aura été un gaspillage de ressources judiciaires et une source de dépenses inutiles pour les parties sans compter les difficultés supplémentaires qu'elle aura pu occasionner à certains témoins. Troisièmement, si le résultat de la seconde instance diffère de la conclusion formulée à l'égard de la même question dans la première, l'incohérence, en soi, ébranlera la crédibilité de tout le processus judiciaire et en affaiblira ainsi l'autorité, la crédibilité et la vocation à l'irrévocabilité. [par. 51]

(Voir aussi *R. c. Mahalingan*, 2008 CSC 63, [2008] 3 R.C.S. 316, par. 106, la juge Charron.)

[34] Ces doctrines existent essentiellement pour prévenir l'inéquité en empêchant « les recours abusifs » (*Danyluk*, par. 20; voir aussi *Garland*, par. 72, et *Toronto (Ville)*, par. 37). On peut résumer ainsi leurs principes sous-jacents communs :

- La capacité de se fier au caractère définitif d'une décision sert l'intérêt public et celui des parties (*Danyluk*, par. 18; *Boucher*, par. 35).
- Le respect du caractère définitif d'une décision judiciaire ou administrative renforce l'équité et l'intégrité des tribunaux judiciaires et administratifs ainsi que de l'administration de la justice; à l'opposé, la remise en cause de questions déjà tranchées par un forum compétent peut miner la confiance envers l'équité et l'intégrité

and integrity by creating inconsistent results and unnecessarily duplicative proceedings (*Toronto (City)*, at paras. 38 and 51).

- The method of challenging the validity or correctness of a judicial or administrative decision should be through the appeal or judicial review mechanisms that are intended by the legislature (*Boucher*, at para. 35; *Danyluk*, at para. 74).
- Parties should not circumvent the appropriate review mechanism by using other forums to challenge a judicial or administrative decision (*TeleZone*, at para. 61; *Boucher*, at para. 35; *Garland*, at para. 72).
- Avoiding unnecessary relitigation avoids an unnecessary expenditure of resources (*Toronto (City)*, at paras. 37 and 51).

[35] These are the principles which underlie s. 27(1)(f). Singly and together, they are a rebuke to the theory that access to justice means serial access to multiple forums, or that more adjudication necessarily means more justice.

[36] Read as a whole, s. 27(1)(f) does not codify the actual doctrines or their technical explications, it embraces their underlying principles in pursuit of finality, fairness, and the integrity of the justice system by preventing unnecessary inconsistency, multiplicity and delay. That means the Tribunal should be guided less by precise doctrinal catechisms and more by the goals of the fairness of finality in decision-making and the avoidance of the relitigation of issues already decided by a decision-maker with the authority to resolve them. Justice is enhanced by protecting the expectation that parties will not be subjected to the relitigation in a different forum of matters they thought had been conclusively resolved. Forum shopping for a different and better result can be dressed up in many attractive adjectives, but fairness is not among them.

du système en créant de l'incohérence et en suscitant des recours faisant inutilement double emploi (*Toronto (Ville)*, par. 38 et 51).

- La contestation de la validité ou du bien-fondé d'une décision judiciaire ou administrative se fait au moyen de la procédure d'appel ou de contrôle judiciaire prévue par le législateur (*Boucher*, par. 35; *Danyluk*, par. 74).
- Les parties ne doivent pas éluder le mécanisme de révision prévu en s'adressant à un autre forum pour contester une décision judiciaire ou administrative (*TeleZone*, par. 61; *Boucher*, par. 35; *Garland*, par. 72).
- En évitant les remises en cause inutiles, on évite le gaspillage de ressources (*Toronto (Ville)*, par. 37 et 51).

[35] C'est sur ces principes que repose l'al. 27(1)(f). Individuellement et collectivement, ils font échec aux arguments voulant que l'accessibilité à la justice soit synonyme d'accès successifs à de multiples forums ou que plus on rend de décisions plus on s'approche de la justice.

[36] Considéré dans son ensemble, l'al. 27(1)(f) ne codifie pas les doctrines elles-mêmes ou leurs explications techniques, il en englobe les principes sous-jacents afin d'assurer le caractère définitif des instances, l'équité et l'intégrité du système judiciaire en prévenant les incohérences, les doublages et les délais inutiles. Il s'ensuit que ce ne sont pas tant des dogmes doctrinaux précis qui devraient guider le Tribunal que les objets de la disposition, qui sont d'assurer l'équité du caractère définitif du processus décisionnel et d'éviter la remise en cause de questions déjà tranchées par un décideur ayant compétence pour en connaître. La justice est accrue par la protection de l'attente des parties qu'elles ne soient pas sujettes à des instances supplémentaires, devant un forum différent, pour des questions qu'elles estimaient résolues définitivement. Le magasinage de forum pour que l'issue d'un litige soit différente et meilleure peut être maquillé de nombreux qualificatifs attrayants, l'équité n'en fait toutefois pas partie.

[37] Relying on these underlying principles leads to the Tribunal asking itself whether there was concurrent jurisdiction to decide human rights issues; whether the previously decided legal issue was essentially the same as what is being complained of to the Tribunal; and whether there was an opportunity for the complainants or their privies to know the case to be met and have the chance to meet it, regardless of how closely the previous process procedurally mirrored the one the Tribunal prefers or uses itself. All of these questions go to determining whether the substance of a complaint has been “appropriately dealt with”. At the end of the day, it is really a question of whether it makes sense to expend public and private resources on the relitigation of what is essentially the same dispute.

[38] What I do *not* see s. 27(1)(f) as representing is a statutory invitation either to “judicially review” another tribunal’s decision, or to reconsider a legitimately decided issue in order to explore whether it might yield a different outcome. The section is oriented instead towards creating territorial respect among neighbouring tribunals, including respect for their right to have their own vertical lines of review protected from lateral adjudicative poaching. When an adjudicative body decides an issue within its jurisdiction, it and the parties who participated in the process are entitled to assume that, subject to appellate or judicial review, its decision will not only *be* final, it will be treated as such by other adjudicative bodies. The procedural or substantive correctness of the previous proceeding is not meant to be bait for another tribunal with a concurrent mandate.

[39] I see the discretion in s. 27(1)(f), in fact, as being limited, based not only on the language of s. 27(1)(f), but also on the character of the other six categories of complaints in s. 27(1) in whose company it finds itself. Section 27(1) states:

27 (1) A member or panel may, at any time after a complaint is filed and with or without a

[37] En s’appuyant sur ces principes sous-jacents, le Tribunal est appelé à se demander s’il existe une compétence concurrente pour statuer sur les questions relatives aux droits de la personne, si la question juridique tranchée par la décision antérieure était essentiellement la même que celle qui est soulevée dans la plainte dont il est saisi et si le processus antérieur, qu’il ressemble ou non à la procédure que le Tribunal préfère ou utilise lui-même, a offert la possibilité aux plaignants ou à leurs ayants droit de connaître les éléments invoqués contre eux et de les réfuter. Toutes ces questions visent à déterminer s’il [TRADUCTION] « a été statué de façon appropriée » sur le fond de la plainte. Il s’agit, en définitive, de se demander s’il est logique de consacrer des ressources publiques et privées à la remise en cause de ce qui est essentiellement le même litige.

[38] Ce que *ne fait pas* l’al. 27(1)f), selon moi, c’est inviter au « contrôle judiciaire » de la décision d’un autre tribunal ou au réexamen d’une question dûment tranchée pour voir si un résultat différent pourrait en émerger. Cet alinéa vise plutôt à instaurer un respect juridictionnel entre tribunaux administratifs voisins, englobant le respect du droit à la protection de leur propre voie verticale de révision contre les empiètements indirects. L’organisme juridictionnel qui se prononce sur une question qui est de son ressort et les parties en cause doivent pouvoir tenir pour acquis que, sous réserve d’un appel ou d’un contrôle judiciaire, non seulement la décision *sera-t-elle* définitive, mais elle sera considérée telle par les autres organismes juridictionnels. La justesse de l’instance antérieure quant au fond ou à la forme ne saurait servir d’appât pour d’autres tribunaux administratifs exerçant une compétence concurrente.

[39] Tel que je le conçois, le pouvoir discrétionnaire conféré par l’al. 27(1)f) est en fait restreint, non seulement en raison du texte de cette disposition, mais également de la nature des six autres catégories de plaintes mentionnées au par. 27(1), lequel prévoit ce qui suit :

[TRADUCTION]

27 (1) Un membre ou une formation peut, à tout moment après le dépôt d’une plainte, rejeter

hearing, dismiss all or part of the complaint if that member or panel determines that any of the following apply:

- (a) the complaint or that part of the complaint is not within the jurisdiction of the tribunal;
- (b) the acts or omissions alleged in the complaint or that part of the complaint do not contravene this Code;
- (c) there is no reasonable prospect that the complaint will succeed;
- (d) proceeding with the complaint or that part of the complaint would not
 - (i) benefit the person, group or class alleged to have been discriminated against, or
 - (ii) further the purposes of this Code;
- (e) the complaint or that part of the complaint was filed for improper motives or made in bad faith;
- (f) the substance of the complaint or that part of the complaint has been appropriately dealt with in another proceeding;
- (g) the contravention alleged in the complaint or that part of the complaint occurred more than 6 months before the complaint was filed unless the complaint or that part of the complaint was accepted under section 22(3).

une plainte en totalité ou en partie, avec ou sans audience si, à son avis, l'une ou l'autre des circonstances suivantes est applicable :

- a) la plainte ou une partie de la plainte ne relève pas de la compétence du tribunal;
- b) les actes ou omissions allégués ne contreviennent pas au présent Code;
- c) il n'existe aucune possibilité raisonnable que le plaignant ait gain de cause;
- d) connaître en totalité ou en partie de la plainte :
 - (i) n'apporterait rien à la personne, au groupe ou à la catégorie censés avoir été victime de discrimination;
 - (ii) ne servirait pas les fins poursuivies par le présent Code;
- e) la totalité ou partie de la plainte a été déposée de mauvaise foi ou à des fins illégitimes;
- f) il a été statué de façon appropriée sur le fond de la plainte dans une autre instance;
- g) la contravention alléguée dans la plainte ou dans une partie de la plainte est survenue plus de six mois avant le dépôt de la plainte, sauf s'il y a eu acceptation de la plainte en totalité ou en partie en vertu du paragraphe 22(3).

[40] Each subsection in s. 27(1) refers to circumstances that make hearing the complaint presumptively unwarranted: complaints that are not within the Tribunal's jurisdiction; allege acts or omissions that do not contravene the *Code*; have no reasonable prospect of success; would not be of any benefit to the complainant or further the purposes of the *Code*; or are made for improper motives or in bad faith. These are the statutory companions for s. 27(1)(f). The fact that the word "may" is used in the preamble to s. 27(1) means that the Tribunal does have an element of discretion in deciding whether to dismiss these complaints. But it strikes me as counterintuitive to think that the legislature intended to give the Tribunal a wide berth to

[40] Chaque alinéa du par. 27(1) fait référence à des circonstances qui laissent présumer qu'il ne serait pas justifié d'entendre la plainte : les plaintes qui ne relèvent pas de la compétence du Tribunal, celles qui allèguent des actes ou des omissions qui ne contreviennent pas au *Code*, s'il n'existe aucune possibilité raisonnable que le plaignant ait gain de cause, si les plaintes n'apporteraient rien au plaignant et ne serviraient pas les fins poursuivies par le *Code* ou si elles ont été déposées de mauvaise foi ou à des fins illégitimes. Voilà quelles sont les dispositions qui accompagnent l'al. 27(1)f). La présence du verbe « peut » dans le passage introductif du par. 27(1) signifie que le Tribunal dispose d'un certain pouvoir discrétionnaire lorsqu'il décide de

decide, for example, whether or not to dismiss complaints it has no jurisdiction to hear, are unlikely to succeed, or are motivated by bad faith.

[41] This is the context in which the words “appropriately dealt with” in s. 27(1)(f) should be understood. All of the other provisions with which s. 27(1)(f) is surrounded lean towards encouraging dismissal. On its face, there is no principled basis for interpreting s. 27(1)(f) idiosyncratically from the rest of s. 27(1). I concede that the word “appropriately” is, by itself, easily stretched into many linguistic directions. But our task is not to define the word, it is to define it in its statutory context so that, to the extent reasonably possible, the legislature’s intentions can be respected.

[42] Nor does the legislative history of s. 27(1)(f) support the theory that the legislature intended to give the Tribunal a wide discretion to re-hear complaints decided by other tribunals. Formerly, ss. 25(3) and 27(2) of the *Code* required the Tribunal to consider the subject matter, nature, and available remedies of the earlier proceeding in deciding whether to defer or dismiss a complaint without a hearing. These factors were interpreted by the Human Rights Commission to include the administrative fairness of the earlier proceeding, the expertise of the decision-maker, which forum was more appropriate for discussing the issues, and whether the earlier proceeding could deliver an adequate remedy, factors which provided hurdles to the dismissal of complaints: see D. K. Lovett and A. R. Westmacott, “Human Rights Review: A Background Paper” (2001) (online), at pp. 100-101.

[43] The legislature removed these limiting factors in 2002 in the *Human Rights Code Amendment*

rejetter ou non ce type de plaintes. Mais il me semble contre-intuitif de penser que le législateur aurait eu l'intention de conférer au Tribunal une grande latitude pour décider, par exemple, s'il convient de rejeter les plaintes qui ne relèvent pas de sa compétence, qui ne risquent pas d'être accueillies ou qui ont été déposées de mauvaise foi.

[41] C'est dans ce contexte qu'il faut comprendre l'expression [TRADUCTION] « statué de façon appropriée » qui figure à l'al. 27(1)f). Toutes les autres dispositions qui entourent cet alinéa tendent à encourager le rejet. À première vue, il n'existe aucun fondement rationnel pour interpréter l'al. 27(1)f) indépendamment du reste du par. 27(1). Certes, pris isolément, le sens de l'adjectif « approprié » peut facilement, sur le plan linguistique, être étiré dans plusieurs directions. Cela étant dit, notre tâche ne consiste pas à définir ce mot, elle consiste à le définir dans le contexte de la disposition où il se trouve de sorte que, dans la mesure du possible, les intentions du législateur puissent être respectées.

[42] L'historique de l'al. 27(1)f) n'appuie pas non plus la thèse selon laquelle le législateur avait l'intention de donner au Tribunal un vaste pouvoir discrétionnaire de réentendre les plaintes à l'égard desquelles d'autres tribunaux s'étaient déjà prononcés. Antérieurement, les par. 25(3) et 27(2) du *Code* exigeaient que le Tribunal tienne compte du sujet de la procédure antérieure, de sa nature ainsi que des mesures de réparations offertes pour décider s'il reportait ou rejetait une plainte sans audience. Selon l'interprétation qu'en a donné la Commission des droits de la personne, ces facteurs comprenaient l'équité administrative de l'instance antérieure, l'expertise du décideur, une réflexion sur le forum qui était le plus approprié pour discuter des questions en litige et une autre sur la question de savoir si l'instance antérieure permettait d'obtenir une réparation adéquate, tous des facteurs qui étaient des obstacles au rejet des plaintes : voir D. K. Lovett et A. R. Westmacott, « Human Rights Review : A Background Paper » (2001) (en ligne), p. 100 et 101.

[43] Le législateur a retiré ces facteurs limitatifs en 2002, lors de l'édiction du *Human Rights*

Act, 2002, S.B.C. 2002, c. 62. By removing factors which argued *against* dismissing a complaint, the legislature may well be taken to have intended that a different approach be taken by the Tribunal, namely, one that made it easier to dismiss complaints. This is consistent with the statement of the then Minister of Government Services, the Hon. U. Dosanjh, on second reading of the *Human Rights Amendment Act, 1995*, S.B.C. 1995, c. 42, which included s. 22(1), the almost identically worded predecessor to s. 27(1). While he did not specifically refer to each of the subsections of s. 22(1) or their discrete purposes, it is clear that his overriding objective in introducing this legislative package, which included these provisions, was to reduce a substantial backlog and ensure “a system . . . which will be efficient and streamlined”:

In this proposed legislation, you now have the power to defer consideration of a complaint pending the outcome of another proceeding, so that there is no unnecessary overlap in the proceedings.

. . .

You have the power to dismiss the complaints, as I indicated, and that has been expanded. [Emphasis added.]

(British Columbia, *Official Report of Debates of the Legislative Assembly (Hansard)*, vol. 21, 4th Sess., 35th Parl., June 22, 1995, at p. 16062)

[44] This then brings us to the Tribunal's use of the *Danyluk* factors. Not only do I resist reintroducing by judicial fiat the types of factors that the legislature has expressly removed, it is not clear to me that the *Danyluk* factors even apply. They were developed to assist courts in applying the doctrine of issue estoppel. Section 27(1)(f), on the other hand, is not limited to issue estoppel. As Pitfield J. explained in *Matuszewski*, s. 27(1)(f) does not call for the technical application of any of the common law doctrines — issue estoppel, collateral attack or

Code Amendment Act, 2002, S.B.C. 2002, ch. 62. En procédant ainsi au retrait de facteurs qui militaient *contre* le rejet d'une plainte, on peut en déduire à bon droit que le législateur avait l'intention que le Tribunal adopte une approche différente, soit, une approche qui facilite le rejet des plaintes. Cette interprétation est d'ailleurs compatible avec la déclaration suivante qu'avait faite le ministre des Services gouvernementaux de l'époque, l'honorable U. Dosanjh, lors de la seconde lecture du *Human Rights Amendment Act, 1995*, S.B.C. 1995, ch. 42, qui comprenait le par. 22(1), devenu par la suite le par. 27(1), dont le libellé était pratiquement le même que celui de la disposition antérieure. Bien qu'il n'ait pas fait référence spécifiquement à chaque alinéa du par. 22(1) ou à leurs objets distincts, il est manifeste que l'objectif primordial en présentant l'ensemble législatif en question qui comprenait ces dispositions, consistait à réduire un arriéré considérable et à garantir la mise en place d'[TRADUCTION] « un système [. . .] qui sera efficace et simplifié » :

[TRADUCTION] Selon ce projet de loi, vous aurez dorénavant le pouvoir de reporter l'examen d'une plainte jusqu'à l'issue d'une autre instance, de manière à éviter les chevauchements inutiles de procédures.

. . .

Vous aurez le pouvoir de rejeter les plaintes, comme je l'ai mentionné, et ce pouvoir a été étendu. [Je souligne.]

(Colombie-Britannique, *Official Report of Debates of the Legislative Assembly (Hansard)*, vol. 21, 4^e sess., 35^e lég., 22 juin 1995, p. 16062)

[44] Cela nous amène à nous pencher sur l'utilisation par le Tribunal des facteurs énoncés dans *Danyluk*. Non seulement suis-je réticente à réintroduire au moyen d'une ordonnance judiciaire les types de facteurs que le législateur a expressément retranchés, mais il ne me semble pas évident qu'il faille même appliquer les critères élaborés dans *Danyluk*. Ces critères ont été élaborés pour aider les tribunaux à appliquer la doctrine de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée. Or, la portée de l'al. 27(1)(f) ne se limite pas

abuse of process — it calls instead for an approach that applies their combined principles. Notably, neither Stromberg-Stein J. nor the Court of Appeal referred to the *Danyluk* factors in their respective analyses.

[45] Moreover, importing the *Danyluk* factors into s. 27(1)(f) would undermine what this Court mandated in *Tranchemontagne* when it directed that, absent express language to the contrary, all administrative tribunals have concurrent jurisdiction to apply human rights legislation. That means that *Danyluk* factors such as the prior decision-maker's mandate and expertise, are presumed to be satisfied. Encouraging the Tribunal to nonetheless apply a comparative mandate and expertise approach would erode Bastarache J.'s conclusion that human rights tribunals are not the exclusive "guardian or the gatekeeper for human rights law" (*Tranchemontagne*, at para. 39).

[46] This brings us to how the Tribunal exercised its discretion in this case. Because I see s. 27(1)(f) as reflecting the principles of the common law doctrines rather than the codification of their technical tenets, I find the Tribunal's strict adherence to the application of issue estoppel to be an overly formalistic interpretation of the section, particularly of the phrase "appropriately dealt with". With respect, this had the effect of obstructing rather than implementing the goal of avoiding unnecessary relitigation. In acceding to the complainant's request for relitigation of the same s. 8 issue, the Tribunal was disregarding Arbour J.'s admonition in *Toronto (City)* that parties should not try to

à la question de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée. Comme l'a expliqué le juge Pitfield dans *Matuszewski*, l'al. 27(1)f) ne commande pas l'application technique de l'une ou l'autre des doctrines de common law — la préclusion découlant d'une question déjà tranchée, la contestation indirecte ou l'abus de procédure — il invite plutôt à adopter une approche qui combine les principes applicables à ces doctrines. D'ailleurs, il convient de le souligner, ni la juge Stromberg-Stein ni la Cour d'appel n'ont fait référence aux critères de *Danyluk* dans leur analyse respective.

[45] En outre, si les critères de *Danyluk* étaient importés dans l'al. 27(1)f), cela contrecarrerait ce que la Cour a prescrit dans *Tranchemontagne* lorsqu'elle a indiqué que, en l'absence d'une disposition expresse à l'effet contraire, tous les tribunaux administratifs ont une compétence concurrente en matière d'application des mesures législatives relatives aux droits de la personne. Cela signifie qu'il doit être présumé qu'il a été satisfait aux critères énoncés dans *Danyluk* tel celui quant au mandat et à l'expertise du décideur dans l'instance antérieure. Encourager le Tribunal à appliquer malgré tout une approche fondée sur une comparaison des mandats et de l'expertise éroderait la conclusion du juge Bastarache selon laquelle les tribunaux des droits de la personne ne sont pas les seuls « gardien[s] des lois relatives aux droits de la personne » (*Tranchemontagne*, par. 39).

[46] Cela nous amène à l'examen de l'exercice de son pouvoir discrétionnaire par le Tribunal en l'espèce. Parce que je vois dans l'al. 27(1)f) l'expression des principes fondant les doctrines de common law plutôt qu'une codification de leurs éléments techniques, je conclus qu'en s'en tenant à l'application stricte de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée, le Tribunal a donné une interprétation trop formaliste à la disposition et, plus particulièrement, aux mots [TRADUCTION] « a été statué de façon appropriée ». Selon moi, plutôt que de donner effet à l'objectif de prévention des remises en cause inutiles, une telle interprétation y fait obstacle. En accédant à la demande des plaignants

impeach findings by the “impermissible route of relitigation in a different forum” (para. 46).

[47] “Relitigation in a different forum” is exactly what the complainants in this case were trying to do. Rather than challenging the Review Officer’s decision through the available review route of judicial review, they started fresh proceedings before a different tribunal in search of a more favourable result. This strategy represented, as Stromberg-Stein J. noted, a “collateral appeal” to the Tribunal (para. 52), the very trajectory that s. 27(1)(f) and the common law doctrines were designed to prevent:

... this case simply boils down to the complainants wanting to reargue the very same issue that has already been conclusively decided within the same factual and legal matrix. The complainants are attempting to pursue the matter again, within an administrative tribunal setting where there is no appellate authority by one tribunal over the other. [para. 54]

[48] The Tribunal’s analysis made it complicit in this attempt to collaterally appeal the merits of the Board’s decision and decision-making process. Its analysis represents a litany of factors having to do with whether it was comfortable with the process and merits of the Review Officer’s decision.

[49] To begin, it questioned whether the Review Division’s process met the necessary procedural requirements. This is a classic judicial review question and not one within the mandate of a concurrent decision-maker. While the Tribunal may inquire into whether the parties had notice of the case to be met and were given an opportunity to respond, that does not mean that it can require that the prior process be a procedural mimic of the Tribunal’s own, more elaborate one. But in any event, I agree with Stromberg-Stein J. that there were no complaints

de reprendre l’examen de la même question relative à l’art. 8, le Tribunal n’a pas tenu compte de la mise en garde donnée par la juge Arbour dans *Toronto (Ville)*, qu’il « n’est pas permis [. . .] d’attaquer un jugement en tentant de soulever de nouveau la question devant un autre forum » (par. 46).

[47] En l’espèce, les plaignants cherchaient précisément à « soulever de nouveau la question devant un autre forum ». Plutôt que d’emprunter la voie du contrôle judiciaire, qui leur était ouverte, pour contester la décision de l’agent de révision, ils ont engagé une nouvelle instance devant un autre tribunal administratif dans l’espoir d’obtenir un résultat plus favorable. Comme la juge Stromberg-Stein l’a indiqué, cette stratégie constituait un [TRADUCTION] « appel indirect » (par. 52), une démarche que l’al. 27(1)(f) et les doctrines de common law visent précisément à éviter :

[TRADUCTION] . . . la présente espèce n’est que la tentative des plaignants de rouvrir un débat qui a déjà été tranché de façon définitive en fonction du même fondement factuel et juridique. Ils cherchent à remettre la même question en cause dans un contexte juridictionnel administratif où le nouveau tribunal saisi n’exerce aucune compétence d’appel à l’égard du précédent. [par. 54]

[48] L’analyse du Tribunal l’a rendu complice de cette tentative de contester indirectement le bien-fondé de la décision de la Commission et du processus suivi; on y trouve une myriade de facteurs en fonction desquels le Tribunal s’est demandé s’il était à l’aise avec le processus de l’instance antérieure et avec les motifs de la décision de l’agent de révision.

[49] Il s’est d’abord demandé si le processus suivi devant la Section de révision satisfaisait aux exigences procédurales. Il s’agit là d’une question de contrôle judiciaire classique et non d’une question que se pose un décideur dans l’exercice d’une compétence concurrente. Certes, le Tribunal peut se demander si les parties ont été informées de ce qui était invoqué contre elles et si elles ont pu y répondre, mais cela ne signifie pas qu’il peut exiger que le processus antérieur soit une réplique de celui qui se déroule devant lui, soit un processus plus

about the complainants' ability to know the case to be met or the Board's jurisdiction to hear it:

Each of the complainants participated fully in the proceedings; each knew the case to be met and had the chance to meet it. Each of the complainants had the benefit of competent and experienced counsel who raised the human rights issues within the workers' compensation context. The issues were analyzed and addressed fully by the Review Division. It was implicit in their submissions to the Review Division that they accepted the Review Division had full authority to decide the human rights issue. [para. 52]

(See also *Rasanen v. Rosemount Instruments Ltd.* (1994), 112 D.L.R. (4th) 683 (Ont. C.A.), at p. 705.)

As long as the complainants had a chance to air their grievances before an authorized decision-maker, the extent to which they received traditional "judicial" procedural trappings should not be the Tribunal's concern.

[50] The Tribunal also criticized the Review Officer for the way he interpreted his human rights mandate:

. . . the Review Officer, who, in the absence of evidence, made findings about the appropriate comparator group, that the dignity of the Complainants was not impacted by the Policy, and that there was a [bona fide justification] for the Policy. There was no analysis regarding where the onus lay in establishing a [bona fide justification] or what the applicable interpretive principles with respect to human rights legislation are. . . . Further, any discriminatory rule must not discriminate more than is necessary; hence, there must be consideration given to possible alternatives to the impugned rule which would be less discriminatory while still achieving the objective [para. 46]

These too are precisely the kinds of questions about the merits that are properly the subject of judicial review, not grounds for a collateral attack by a human rights tribunal under the guise of s. 27(1)(f).

complexe. Quoi qu'il en soit, je souscris à la conclusion de la juge Stromberg-Stein selon laquelle la capacité des plaignants de connaître les éléments invoqués contre eux et de les réfuter n'était pas en cause :

[TRADUCTION] Chaque plaignant a pleinement participé à l'instance; chacun savait ce qui était invoqué contre lui et a eu l'occasion d'y répondre. Chacun d'eux était représenté par un avocat compétent et expérimenté qui a soulevé les questions relatives aux droits de la personne dans le contexte de l'indemnisation des accidents de travail. La Section de révision a pris ces questions en compte et les a analysées en détail. Il ressort implicitement de l'argumentation qu'ils ont soumise à la Section de révision qu'ils reconnaissaient que celle-ci avait entière compétence pour statuer en matière de droits de la personne. [par. 52]

(Voir aussi *Rasanen c. Rosemount Instruments Ltd.* (1994), 112 D.L.R. (4th) 683 (C.A. Ont.), p. 705.)

Du moment que les plaignants ont eu la possibilité d'être entendus par un décideur compétent en la matière, l'appréciation du caractère « judiciaire » classique de la procédure n'est aucunement du ressort du Tribunal.

[50] Le Tribunal a également critiqué l'interprétation que l'agent de révision a faite de son mandat en matière de droits de la personne :

[TRADUCTION] . . . en l'absence de preuve, l'agent de révision a formulé des conclusions au sujet du groupe de comparaison et a déterminé que la politique n'avait pas eu d'incidence sur la dignité des plaignants et conclu qu'il existait un motif justifiable de l'adopter. Il n'a pas examiné à qui incombe la preuve du motif justifiable ni quels sont les principes d'interprétation à appliquer aux dispositions législatives relatives aux droits de la personne. [. . .] De plus, une règle discriminatoire ne doit pas aller au-delà de ce qui est nécessaire; il faut donc tenir compte de solutions de rechange possibles permettant d'atteindre l'objectif poursuivi en étant moins discriminatoires . . . [par. 46]

Il s'agit encore là précisément de questions se rapportant au bien-fondé qui relèvent du contrôle judiciaire et qui ne sauraient autoriser un tribunal des droits de la personne à accueillir une contestation indirecte sous le régime de l'al. 27(1)(f).

[51] In addition, the Tribunal held that the decision of the Review Officer was not final. It is not clear to me what the Tribunal was getting at. “Final” means that all available means of review or appeal have been exhausted. Where a party chooses not to avail itself of those steps, the decision is final. Even under the strict application of issue estoppel, which in my view is not in any event what s. 27(1)(f) was intended to incorporate, the Review Officer’s decision was a final one in these circumstances. Having chosen not to judicially review the decision as they were entitled to do, the complainants cannot then claim that because the decision lacks “finality” they are entitled to start all over again before a different decision-maker dealing with the same subject matter (*Danyluk*, at para. 57).

[52] The Tribunal concluded that the parties were not the same before the Workers’ Compensation Board as they were before the Tribunal. This, the Tribunal held, precluded the application of the doctrine of issue estoppel. This too represents the strict application of issue estoppel rather than of the principles underlying all three common law doctrines. Moreover, it is worth noting, as Arbour J. observed in *Toronto (City)*, that the absence of “mutuality” does not preclude the application of abuse of process to avoid undue multiplicity (para. 37).

[53] Finally, the Tribunal suggested that Review Officers lacked expertise in interpreting or applying the *Code*. As previously mentioned, since both adjudicative bodies had concurrent jurisdiction at the time the complaint was heard and decided, this is irrelevant. Bastarache J., in *Tranchemontagne*, expressly rejected the argument that the quasi-constitutional status of human rights legislation required that there be an expert human rights body exercising a supervisory role over human rights jurisprudence. As he explained, human rights legislation must be offered accessible application to further the purposes of the *Code* by fostering “a general culture of respect for human rights in the

[51] Le Tribunal a, en outre, conclu que la décision de l’agent de révision n’était pas définitive. Ce que le Tribunal voulait dire ne m’apparaît pas clair. Une décision est « définitive » lorsque toutes les voies d’appel ou de contrôle judiciaire ont été épuisées. Lorsqu’une partie décide de ne pas se prévaloir de ces mesures, la décision est définitive. Dans ces circonstances, la décision de l’agent de révision était définitive, même au regard de l’application stricte des règles de la préclusion découlant d’une question déjà tranchée — que le législateur n’avait pas, selon moi, l’intention d’incorporer à l’al. 27(1)f). Les plaignants, après avoir décidé de ne pas exercer leur droit de demander le contrôle judiciaire de la décision, ne peuvent prétendre que l’absence de « caractère définitif » de la décision les autorise à remettre la même question en jeu devant un autre décideur (*Danyluk*, par. 57).

[52] Le Tribunal a conclu que les parties qu’il avait devant lui n’étaient pas les mêmes que celles qui s’étaient présentées devant la Commission, de sorte que les règles de la préclusion découlant d’une question déjà tranchée étaient inapplicables. Cette conclusion également procède d’une application stricte des règles plutôt que des principes sous-jacents aux trois doctrines de common law. Il importe en outre de rappeler l’observation formulée par la juge Arbour dans *Toronto (Ville)*, selon laquelle l’absence de « réciprocité » n’est pas un obstacle à l’application des règles régissant l’abus de procédure afin d’éviter la multiplication indue des litiges (par. 37).

[53] Enfin, le Tribunal a indiqué que l’agent de révision n’avait pas l’expertise voulue pour interpréter ou appliquer le *Code*. Tel que mentionné précédemment, cette conclusion est dépourvue de pertinence puisque les deux organismes avaient une compétence concurrente en cette matière à l’époque où les plaintes ont été entendues et tranchées. Dans *Tranchemontagne*, le juge Bastarache a expressément rejeté l’argument voulant que la nature quasi constitutionnelle des lois sur les droits de la personne exige qu’un organisme spécialisé exerce une fonction de surveillance sur la jurisprudence rendue en cette matière. Comme il l’a expliqué, il faut assurer à ces lois une application accessible

administrative system” (paras. 33 and 39; *Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Martin*, 2003 SCC 54, [2003] 2 S.C.R. 504; and *Council of Canadians with Disabilities v. VIA Rail Canada Inc.*, 2007 SCC 15, [2007] 1 S.C.R. 650).

[54] Because the Tribunal based its decision to proceed with these complaints and have them relitigated on predominantly irrelevant factors and ignored its true mandate under s. 27(1)(f), its decision, in my respectful view, is patently unreasonable. Since it was patently unreasonable in large part because it represented the unnecessary prolongation and duplication of proceedings that had already been decided by an adjudicator with the requisite authority, I see no point in wasting the parties' time and resources by sending the matter back for an inevitable result.

[55] I would therefore allow the appeal, set aside the Tribunal's decision and dismiss the complaints. In accordance with the Board's request, there will be no order for costs.

The reasons of McLachlin C.J. and Binnie, Fish and Cromwell JJ. were delivered by

CROMWELL J. —

I. Introduction

[56] I agree with my colleague Abella J. that the decision of the Human Rights Tribunal was patently unreasonable (2008 BCHRT 374 (CanLII)). However, I do not, with respect, share Abella J.'s interpretation of the discretion conferred by s. 27(1)(f) of the *Human Rights Code*, R.S.B.C. 1996, c. 210, nor do I agree with her decision not to remit the complaints to the Tribunal.

pour favoriser l'atteinte des objets du *Code* en développant « une culture générale de respect des droits de la personne dans le système administratif » (par. 33 et 39; *Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Martin*, 2003 CSC 54, [2003] 2 R.C.S. 504; et *Conseil des Canadiens avec déficiences c. VIA Rail Canada Inc.*, 2007 CSC 15, [2007] 1 R.C.S. 650).

[54] Parce que la décision du Tribunal de recevoir ces plaintes et de les entendre de nouveau repose principalement sur des facteurs non pertinents et ne tient pas compte du mandat véritable que lui confère l'al. 27(1)f), elle est, à mon avis, manifestement déraisonnable. Puisque ce caractère manifestement déraisonnable tient en grande partie au fait que la décision a entraîné la prolongation et le dédoublement inutiles d'une instance sur laquelle un décideur investi de la compétence voulue avait déjà statué, je ne vois pas l'utilité de faire perdre du temps et de l'argent aux parties par un renvoi de l'instance au Tribunal alors que le résultat est inévitable.

[55] Je suis donc d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler la décision du Tribunal et de rejeter les plaintes. Conformément à la demande de la Commission, il n'y aura pas d'ordonnance quant aux dépens.

Version française des motifs de la juge en chef McLachlin et des juges Binnie, Fish et Cromwell rendus par

LE JUGE CROMWELL —

I. Introduction

[56] Tout comme ma collègue la juge Abella, j'estime que la décision du tribunal des droits de la personne (« Tribunal ») était manifestement déraisonnable (2008 BCHRT 374 (CanLII)). Toutefois, avec respect pour l'opinion qu'elle exprime, je ne partage pas son interprétation du pouvoir discrétionnaire que confère l'al. 27(1)f) du *Human Rights Code*, R.S.B.C. 1996, ch. 210, et je ne puis souscrire à sa décision de ne pas renvoyer les plaintes devant le Tribunal.

[57] I do not subscribe to my colleague's understanding of what lies at the heart of the common law finality doctrines or of the principles underlying s. 27(1)(f) of the *Human Rights Code*. Abella J. writes that what is at the heart of these finality doctrines is preventing abuse of the decision-making process and that the discretion conferred by s. 27(1)(f) is a limited one, concerned only with finality, avoiding unnecessary relitigation and pursuing the appropriate review mechanisms. I respectfully disagree.

[58] The common law has consistently seen these finality doctrines as being concerned with striking an appropriate balance between the important goals of finality and fairness, more broadly considered. Finality is one aspect of fairness, but it does not exhaust that concept or trump all other considerations. As for s. 27(1)(f), it confers, in very broad language, a flexible discretion on the Human Rights Tribunal to enable it to achieve that balance in the multitude of contexts in which another tribunal may have dealt with a point of human rights law. In my view, both the common law and in particular s. 27(1)(f) of the *Code* are intended to achieve the necessary balance between finality and fairness through the exercise of discretion. It is this balance which is at the heart of both the common law finality doctrines and the legislative intent in enacting s. 27(1)(f). In my respectful view, a narrow interpretation of the Tribunal's discretion under s. 27(1)(f) does not reflect the clear legislative intent in enacting the provision.

[59] I would allow the appeal and remit the Workers' Compensation Board's motion to dismiss the complaints under s. 27(1)(f) to the Tribunal for reconsideration in light of the principles I set out.

[57] Je n'adhère pas à l'interprétation que donne ma collègue de la nature fondamentale des doctrines de la common law relatives au caractère définitif des décisions ou des principes qui sous-tendent l'al. 27(1)f du *Human Rights Code*. La juge Abella écrit que ces doctrines ont essentiellement pour effet d'éviter que l'on abuse du processus décisionnel, et que le pouvoir discrétionnaire conféré par l'al. 27(1)f n'a qu'une portée restreinte et ne vise qu'à assurer le caractère définitif des décisions, qu'à éviter que des questions soient inutilement redébatues et qu'à voir à l'utilisation des mécanismes de révision appropriés. Je ne saurais partager cet avis.

[58] La common law considère depuis toujours que le rôle de ces doctrines consiste à établir un juste équilibre entre deux objectifs importants, à savoir le caractère définitif des décisions et l'équité, envisagée plus globalement. Le caractère définitif des décisions est un aspect de l'équité, mais il ne recoupe pas entièrement cette notion ni ne supprime toutes les autres considérations. Quant à l'al. 27(1)f, il confère en termes très larges au Tribunal un pouvoir discrétionnaire souple propre à lui permettre de réaliser cet équilibre dans la multitude de contextes où d'autres tribunaux administratifs ont pu se prononcer sur une question relevant des droits de la personne. Selon moi, la common law et en particulier l'al. 27(1)f du *Code* tendent tous deux à la réalisation de ce nécessaire équilibre entre le caractère définitif des décisions et l'équité, et ce, par l'exercice du pouvoir discrétionnaire du Tribunal. C'est la recherche de cet équilibre qui est au cœur tant des doctrines relatives au caractère définitif des décisions que de l'intention que poursuit le législateur en édictant l'al. 27(1)f. Avec respect pour l'opinion qu'exprime ma collègue, je suis d'avis qu'en donnant une portée étroite au pouvoir discrétionnaire prévu à l'al. 27(1)f, on ne tient pas compte de cette intention claire du législateur.

[59] Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de renvoyer au Tribunal, pour qu'il la réexamine à la lumière des principes qui suivent, la requête pour rejet des plaintes présentée par la Workers' Compensation Board (la « Commission ») aux termes de l'al. 27(1)f).

II. Analysis

A. *Common Law Finality Doctrines*

[60] The leading authorities from this Court on the application of finality doctrines in the administrative law context are *Danyluk v. Ainsworth Technologies Inc.*, 2001 SCC 44, [2001] 2 S.C.R. 460, and *Toronto (City) v. C.U.P.E., Local 79*, 2003 SCC 63, [2003] 3 S.C.R. 77. Both emphasized the importance of balance and discretion in applying these finality doctrines.

[61] In *Danyluk*, the question was whether Ms. Danyluk's court action for damages for wrongful dismissal was barred by issue estoppel arising from an adverse decision of an employment standards officer. Writing for a unanimous Court, Binnie J. noted that while finality is a compelling consideration, issue estoppel is a public policy doctrine designed to advance the interests of justice (para. 19). He noted that the common law finality doctrines of cause of action estoppel, issue estoppel, and collateral attack have been extended to the decisions of administrative officers. Importantly, however, he added that in the administrative law context, "the more specific objective [of applying these doctrines] is to balance fairness to the parties with the protection of the administrative decision-making process" (para. 21). Thus, even when the traditional elements of the finality doctrines are present, the court must go on to exercise a discretion as to whether or not to allow the claim to proceed. He noted that this discretion existed even when the estoppel was alleged to arise from a court decision, but added that such discretion "is necessarily broader in relation to the prior decisions of administrative tribunals because of the enormous range and diversity of the structures, mandates and procedures of administrative decision makers": para. 62 (emphasis added); see also D. J. Lange, *The Doctrine of Res Judicata in Canada* (3rd ed. 2010), at pp. 227-29. Binnie J. quoted Finch J.A. (as he then was) to the effect that "[t]he doctrine of issue estoppel is designed as an implement of justice, and a protection against injustice. It inevitably

II. Analyse

A. *Les doctrines de la common law relatives au caractère définitif des décisions*

[60] Les décisions clés de notre Cour sur l'application de ces doctrines dans le contexte du droit administratif sont les arrêts *Danyluk c. Ainsworth Technologies Inc.*, 2001 CSC 44, [2001] 2 R.C.S. 460, et *Toronto (Ville) c. S.C.F.P., section locale 79*, 2003 CSC 63, [2003] 3 R.C.S. 77. Dans les deux cas, on a souligné l'importance de l'équilibre et du pouvoir discrétionnaire lorsqu'il s'agit d'appliquer les doctrines susmentionnées.

[61] Dans *Danyluk*, la Cour devait établir si l'action en dommages-intérêts intentée par M^{me} Danyluk pour congédiement injustifié était irrecevable du fait de la préclusion découlant de la décision négative déjà rendue par une agente des normes d'emploi. Rédigeant l'opinion unanime de la Cour, le juge Binnie a indiqué que, bien que le caractère définitif des décisions constitue une considération impérieuse, la préclusion découlant d'une question déjà tranchée est une doctrine d'intérêt public qui tend à favoriser les intérêts de la justice (par. 19). Il a souligné que l'application des doctrines de la common law relatives au caractère définitif des décisions — la préclusion fondée sur la cause d'action, la préclusion découlant d'une question déjà tranchée et la règle interdisant les contestations indirectes — a été étendue aux décideurs administratifs. Fait important, il a ajouté que, en contexte de droit administratif, « l'objectif spécifique poursuivi [par l'application de ces doctrines] consiste à assurer l'équilibre entre le respect de l'équité envers les parties et la protection du processus décisionnel administratif » (par. 21). Ainsi, même lorsque les éléments traditionnels de ces doctrines sont présents, les tribunaux judiciaires doivent exercer leur pouvoir discrétionnaire pour décider s'il y a lieu de permettre ou non l'instruction de la demande. Il a fait remarquer que l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire était possible même lorsque la préclusion pourrait découler d'une décision judiciaire, ajoutant cependant que ce pouvoir « est nécessairement plus étendu à l'égard des décisions des tribunaux administratifs,

calls upon the exercise of a judicial discretion to achieve fairness according to the circumstances of each case”: *British Columbia (Minister of Forests) v. Bugbusters Pest Management Inc.* (1998), 50 B.C.L.R. (3d) 1 (C.A.), at para. 32, cited in *Danyluk*, at para. 63. Binnie J. then held that it is “an error of principle not to address the factors for and against the exercise of the discretion The objective is to ensure that the operation of issue estoppel promotes the orderly administration of justice but not at the cost of real injustice” (paras. 66-67).

[62] To assist decision-makers in achieving the appropriate balance, the Court set out a detailed (although non-exhaustive) list of factors for a court to consider when exercising its discretion: the wording of the statute from which the power to issue the administrative order derives; the purpose of the legislation; the availability of an appeal; the safeguards available to the parties in the administrative procedure; the expertise of the administrative decision-maker; the circumstances giving rise to the prior administrative proceedings; and the potential injustice (*Danyluk*, at paras. 68-80). I note in passing that this list reflects a much broader conception of the discretion at common law than my colleague Abella J. envisions under s. 27(1)(f). The three factors to be considered set out at para. 37 of her reasons are limited to whether the previous decision-maker had concurrent authority to decide the matter, whether the issue was essentially the same and whether in the earlier proceeding the parties (or their privies) had an

étant donné la diversité considérable des structures, missions et procédures des décideurs administratifs » : par. 62 (jc souligne); voir aussi D. J. Lange, *The Doctrine of Res Judicata in Canada* (3^e éd. 2010), p. 227-229. Le juge Binnie a aussi cité le juge Finch (plus tard Juge en chef de la Colombie-Britannique), selon lequel [TRADUCTION] « [l]a doctrine de la préclusion découlant d’une question déjà tranchée se veut un moyen de rendre justice et de protéger contre l’injustice. Elle implique inévitablement l’exercice par la cour de son pouvoir discrétionnaire pour assurer le respect de l’équité selon les circonstances propres à chaque espèce » : *British Columbia (Minister of Forests) c. Bugbusters Pest Management Inc.* (1998), 50 B.C.L.R. (3d) 1 (C.A.), par. 32, cité au par. 63 de *Danyluk*. Le juge Binnie a ensuite statué qu’on commettait « une erreur de principe en omettant de soupeser les facteurs favorables et défavorables à l’exercice du pouvoir discrétionnaire [. . .] L’objectif est de faire en sorte que l’application de la préclusion découlant d’une question déjà tranchée favorise l’administration ordonnée de la justice, mais pas au prix d’une injustice concrète » (par. 66-67).

[62] Pour aider les décideurs à réaliser l’équilibre recherché, la Cour a dressé une liste détaillée (mais non exhaustive) de facteurs à prendre en compte dans l’exercice du pouvoir discrétionnaire : le libellé du texte de loi accordant le pouvoir de rendre l’ordonnance administrative, l’objet de la loi, l’existence d’un droit d’appel, les garanties offertes aux parties dans le cadre de l’instance administrative, l’expertise du décideur administratif, les circonstances ayant donné naissance à l’instance administrative initiale et le risque d’injustice (*Danyluk*, par. 68-80). Je fais incidemment remarquer que cette liste témoigne d’une interprétation du pouvoir discrétionnaire reconnu en common law beaucoup plus large que celle qu’envisage ma collègue la juge Abella à l’égard du pouvoir conféré par l’al. 27(1)(f). Les trois facteurs qu’elle énumère au par. 37 de ses motifs se limitent aux questions de savoir si le décideur antérieur avait une compétence concurrente pour trancher la question, si la question était essentiellement la même et si l’instance

opportunity to know the case and have a chance to meet it.

[63] Nothing would be served by my reviewing the *Danyluk* factors in detail. It is particularly noteworthy, however, that in that case, the Court refused to apply issue estoppel even though Ms. Danyluk, represented by counsel, had not pursued an administrative review of the employment standards officer's decision and that her claim of substantial injustice turned largely on the facts that she had received neither notice of the employer's allegation nor an opportunity to respond (para. 80). Also of importance was that the legislation did not view the employment standards proceedings as an exclusive forum for complaints of this nature (para. 69). To characterize *Danyluk* as simply emphasizing the importance of finality in litigation is an incomplete account of the Court's approach in that case.

[64] I turn next to *Toronto (City) v. C.U.P.E., Local 79*. It concerned the role of the abuse of process doctrine when an arbitrator reviewing an employee's dismissal decided to make his own assessment of the facts relating to the conduct giving rise to a criminal conviction and on which the dismissal was based. Front and centre in Arbour J.'s analysis (on behalf of a unanimous Court on this point) was the importance of maintaining a "judicial balance between finality, fairness, efficiency and authority of judicial decisions" (para. 15). Referring to *Danyluk*, she acknowledged that there are many circumstances in which barring relitigation would create unfairness and held that "[t]he discretionary factors that apply to prevent the doctrine of issue estoppel from operating in an unjust or unfair way are equally available to prevent the doctrine of abuse of process from achieving a similar undesirable result" (para. 53). She thus emphasized the importance of maintaining a balance between fairness and finality and the need for a flexible discretion to ensure that this is done.

antérieure a offert la possibilité aux plaignants (ou à leurs ayants droit) de connaître les éléments invoqués contre eux et de les réfuter.

[63] Il serait inutile d'examiner en détail les facteurs énumérés dans *Danyluk*. Il importe cependant de signaler que dans cette affaire, la Cour a refusé d'appliquer la préclusion même si M^{me} Danyluk, qui était représentée par avocat, n'avait pas demandé une révision administrative de la décision rendue par l'agente des normes d'emploi, et que l'injustice importante qu'elle alléguait était largement attribuable aux faits qu'elle n'avait pas été informée des allégations de l'employeur et n'avait pas eu la possibilité d'y répondre (par. 80). Autre élément important, selon la loi, l'agent des normes d'emploi ne constituait pas un forum exclusif pour les plaintes de cette nature (par. 69). On ne rend pas entièrement compte du raisonnement de la Cour dans *Danyluk* si l'on considère que cet arrêt souligne simplement l'importance du caractère définitif des décisions rendues dans les litiges.

[64] Quand à l'arrêt *Toronto (Ville) c. S.C.F.P., section locale 79*, il portait sur le rôle de la doctrine de l'abus de procédure, dans un contexte d'arbitrage de grief en matière de congédiement où l'arbitre avait décidé de procéder à sa propre appréciation des faits ayant mené à la déclaration de culpabilité au criminel à l'origine du congédiement. La juge Arbour (qui exposait l'opinion unanime de la Cour sur ce point) a articulé son analyse autour de l'importance de réaliser un « équilibre entre l'irrévocabilité, l'équité, l'efficacité et l'autorité des décisions judiciaires » (par. 15). Mentionnant l'arrêt *Danyluk*, elle a reconnu que, dans de nombreuses circonstances, empêcher la réouverture d'un litige serait source d'inéquité, et elle a affirmé que « [I]es facteurs discrétionnaires qui visent à empêcher que la préclusion découlant d'une question déjà tranchée ne produise des effets injustes, jouent également en matière d'abus de procédure pour éviter de pareils résultats indésirables » (par. 53). Elle a ainsi souligné l'importance de maintenir un juste équilibre entre l'équité et le caractère définitif de la décision, de même que la nécessité d'un exercice souple du pouvoir discrétionnaire en vue d'assurer le maintien de cet équilibre.

[65] I conclude that the Court's jurisprudence recognizes that, in the administrative law context, common law finality doctrines must be applied flexibly to maintain the necessary balance between finality and fairness. This is done through the exercise of discretion, taking into account a wide variety of factors which are sensitive to the particular administrative law context in which the case arises and to the demands of substantial justice in the particular circumstances of each case. Finality and requiring parties to use the most appropriate mechanisms for review are of course important considerations. But they are *not* the *only*, or even the most important considerations.

[66] The need for this "necessarily broader" discretion (to use Binnie J.'s words at para. 62 of *Danyluk*) in applying the finality doctrines in the administrative law setting is well illustrated by the intricate and changing procedural context in which the complainant workers found themselves in this case. I will use the facts of Mr. Figliola's case as an example.

[67] As a result of a workplace injury, Mr. Figliola received a 3.5% functional disability award from the Workers' Compensation Board, consisting of 1% for lumbar spine and 2.5% for chronic pain, determined under the Board's Policy No. 39.01. He appealed the Board's decision to the Review Division which is an internal appeal body. He raised four issues. He complained that his injury had not been properly assessed under the policy and in addition that the policy was patently unreasonable, violated s. 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and was contrary to the *Human Rights Code*.

[68] Subject to Board practices and procedures, the Review Officer may conduct a review as the officer considers appropriate: *Workers Compensation Act*, R.S.B.C. 1996, c. 492 ("Act"), s. 96.4(2). As I understand the record, the review in this case was a paper review on the basis of written submissions on behalf of Mr. Figliola. His employer

[65] En conclusion, la jurisprudence de notre Cour reconnaît qu'en contexte de droit administratif, il convient d'appliquer avec souplesse les doctrines de la common law relatives au caractère définitif des décisions afin de maintenir le nécessaire équilibre entre le caractère définitif et l'équité des décisions. À cette fin, l'exercice du pouvoir discrétionnaire nécessite la prise en compte d'un large éventail de facteurs pertinents aux particularités du contexte administratif en cause et aux exigences à satisfaire pour que justice soit rendue dans les circonstances de chaque cas. Le caractère définitif de la décision et l'obligation faite aux parties de recourir aux mécanismes de révision les plus appropriés sont certes des facteurs importants, mais ils ne sont *ni les seuls*, ni même les plus importants.

[66] Le contexte procédural complexe et changeant en cause en l'espèce illustre bien la nécessité du recours à ce pouvoir discrétionnaire « nécessairement plus étendu » (les termes qu'emploie le juge Binnie au par. 62 de *Danyluk*) lorsqu'il s'agit d'appliquer les doctrines relatives au caractère définitif des décisions en contexte de droit administratif. Le cas de M. Figliola me servira d'exemple.

[67] Victime d'un accident du travail, M. Figliola s'est vu attribuer par la Commission une indemnité d'invalidité fonctionnelle de 3,5 %, soit 1 % pour douleur lombaire et 2,5 % pour douleur chronique, en application de la politique 39.01 de la Commission. Il a porté la décision en appel devant la Review Division (la « Section de révision ») — un organe de révision interne — invoquant quatre points. Il a allégué que sa lésion n'avait pas été évaluée comme il se doit sous le régime de la politique et que la politique était manifestement déraisonnable, violait l'art. 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et contrevenait au *Human Rights Code*.

[68] Sous réserve des règles de pratique et de procédure de la Commission, un agent de révision peut procéder à la révision de la décision de la manière qu'il estime indiquée : *Workers Compensation Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 492 (la « Loi »), par. 96.4(2). Je crois comprendre qu'en l'espèce, il a mené une révision sur dossier, sur la base d'observations écrites

did not participate and there was no oral hearing. Although the Review Officer was undoubtedly the only appropriate forum in which to review the application of the Board's policy to the facts of Mr. Figliola's case, the role of the Review Officer with respect to his other complaints is much less clear.

[69] With respect to Mr. Figliola's claims that the policy was patently unreasonable, the Review Officer found that he had no authority at all. He noted that he was bound by s. 99 of the Act to apply a Board policy that applied to the case. While the appeals tribunal to which appeals lie from the Review Division had authority to consider the validity of a policy (s. 251 of the Act), even it had no authority "to make binding determinations as to the validity of policy. Rather, it is required to refer to the Board of Directors its determinations and is bound by the decision of the Board of Directors as to whether the policy should be maintained or changed" (A.R., vol. I, at p. 6). The Review Officer reasoned that "[i]t would be odd if [the appeals tribunal] was required to go through such a process but the Review Division had even greater authority of considering and deciding whether a policy was valid" (*ibid.*). He therefore concluded that the Review Division had no general jurisdiction to find a policy of the Board invalid on the basis that it was patently unreasonable.

[70] As for Mr. Figliola's *Charter* claims, the Review Officer similarly found that he had no jurisdiction to consider them at all. As he put it,

[a]mendments to the Act resulting from the *Administrative Tribunals Act* (the "ATA") took effect on December 3, 2004. Those amendments stated that [the appeals tribunal] has no jurisdiction over constitutional questions Although this change did not specifically refer to the Review Division, the Review Division considers that the change indicates a statutory intent that it does not have jurisdiction over constitutional questions, including *Charter* questions. [A.R., vol. I, at p. 7]

soumises au nom de M. Figliola. L'employeur n'a pas participé à la révision et il n'y a pas eu d'audience. Bien que l'agent de révision constituait sans aucun doute le seul forum approprié permettant l'examen de l'application de la politique de la Commission au cas de M. Figliola, le rôle de l'agent de révision à l'égard des autres moyens invoqués par l'intéressé est beaucoup moins clair.

[69] L'agent de révision a considéré qu'il n'avait nullement compétence pour examiner la prétention de M. Figliola que la politique était manifestement déraisonnable. Il a signalé qu'aux termes de l'art. 99 de la Loi, il était tenu d'appliquer une politique de la Commission. Alors que le tribunal d'appel des décisions de la Section de révision avait compétence pour examiner la validité d'une politique (art. 251 de la Loi), même lui n'avait pas compétence pour [TRADUCTION] « rendre des décisions exécutoires sur la validité d'une politique. Il doit plutôt déférer la question au conseil d'administration de la Commission, et il est lié par la décision de ce dernier quant au maintien ou à la modification de la politique » (d.a., vol. I, p. 6). Suivant le raisonnement de l'agent de révision, [TRADUCTION] « [i]l serait étrange que le [tribunal d'appel] soit tenu de procéder ainsi mais que la Section de révision jouisse du pouvoir plus étendu d'examiner et de trancher la question de la validité d'une politique » (*ibid.*). Il a donc conclu que la Section de révision ne dispose pas de la compétence générale de déclarer une politique de la Commission invalide en raison de son caractère manifestement déraisonnable.

[70] L'agent de révision a pareillement jugé qu'il n'avait pas compétence pour connaître de la prétention de M. Figliola fondée sur la *Charte*. Ainsi qu'il l'a exposé,

[TRADUCTION] [l]es modifications apportées à la Loi par l'*Administrative Tribunals Act* (l'« ATA ») sont entrées en vigueur le 3 décembre 2004. Selon ces modifications, le [tribunal d'appel] n'a pas compétence en matière constitutionnelle [. . .] Bien que la Section de révision n'y soit pas expressément mentionnée, elle voit dans ce changement l'indication de l'intention du législateur de ne pas lui donner compétence en matière constitutionnelle, y compris à l'égard des questions relatives à la *Charte*. [d.a., vol. I, p. 7]

[71] Turning finally to Mr. Figliola's claims under the *Human Rights Code*, the Review Officer relied on *Tranchemontagne v. Ontario (Director, Disability Support Program)*, 2006 SCC 14, [2006] 1 S.C.R. 513, for his conclusion that he had authority to decline to apply the policy if it conflicted with the *Code*, given the provision in s. 4 of the *Code* that it prevails in the event of conflict with any other enactment. If I am reading the Review Officer's decision correctly, I understand him to reason that his statutory obligation to apply Board policies (s. 99 of the Act) conflicts with the *Code*'s prohibitions against discrimination. However, because the *Code* prevails in the event of conflict, the Review Officer can determine whether the policy is consistent with the *Code*. Assuming, without deciding, that this is the correct view and therefore that the Review Officer can assess the policy's compliance with the *Code*, there remains the question of what remedy the Review Officer can fashion if he or she concludes that the policy is not compliant. According to the Board's submissions, the process that was followed at the relevant time (although it was not formalized until later) was this: if the Review Officer found the *Code* challenge had merit, he or she would not apply the policy to the particular case. The policy itself would be referred to the Board "for inclusion in the Policy and Research Division's work plan as a high priority project" (A.F., at para. 59).

[72] As noted earlier, the Review Officer's decisions are appealable to the Workers' Compensation Appeal Tribunal ("WCAT"), with certain exclusions not relevant here. Mr. Figliola pursued such an appeal and it was set down for an oral hearing. The WCAT, it should be noted, has extensive authority to review the matter, including hearing evidence; it is not simply an appeal in the usual sense (ss. 245 to 250 of the Act). However, the *Administrative Tribunals Act*, S.B.C. 2004, c. 45 ("ATA"), was amended effective October 18, 2007, removing the WCAT's jurisdiction to apply the *Code: Attorney General Statutes Amendment Act, 2007*, S.B.C. 2007, c. 14, s. 3. Thus in midstream, Mr. Figliola lost the right to a thorough, evidence-based review

[71] Enfin, pour ce qui est des prétentions de M. Figliola relevant du *Human Rights Code*, l'agent de révision, s'appuyant sur l'arrêt *Tranchemontagne c. Ontario (Directeur du Programme ontarien de soutien aux personnes handicapées)*, 2006 CSC 14, [2006] 1 R.C.S. 513, a conclu que, compte tenu de l'art. 4 du *Code* portant que ses dispositions ont préséance en cas de conflit avec celles de toute autre loi, il était habilité à refuser d'appliquer la politique si elle entraînait en conflit avec le *Code*. Si j'interprète correctement la décision de l'agent de révision, il a estimé que l'obligation légale qui lui est faite d'appliquer les politiques de la Commission (art. 99 de la Loi) entre en conflit avec les dispositions du *Code* interdisant la discrimination. Toutefois, vu la préséance du *Code* en cas de conflit, l'agent de révision peut se prononcer sur la conformité de la politique au *Code*. En supposant, sans en décider, que ce raisonnement soit juste et que l'agent de révision peut donc évaluer la conformité de la politique au *Code*, il reste quand même à déterminer la réparation qu'il peut accorder s'il conclut que la politique n'est pas conforme au *Code*. La Commission plaide que le processus appliqué pendant la période en cause (bien qu'il n'ait été officialisé que plus tard) était le suivant : l'agent de révision qui estimait fondé le motif de contestation relevant du *Code* n'appliquait pas la politique. La politique elle-même était déferée à la Commission [TRADUCTION] « qui devait lui accorder une priorité élevée dans le plan de travail de la Policy and Research Division » (m.a., par. 59).

[72] Ainsi que je l'ai déjà indiqué, les décisions des agents de révision sont susceptibles d'appel devant le Workers' Compensation Appeal Tribunal (« WCAT »), sous réserve de certaines exclusions non pertinentes en l'espèce. M. Figliola s'est adressé à ce tribunal et une date d'audience a été fixée. Il convient de signaler que le WCAT jouit d'un pouvoir de révision étendu lui permettant notamment de recevoir des éléments de preuve; il n'entend pas un appel au sens usuel de ce terme (art. 245 à 250 de la Loi). Par suite de modifications apportées à l'*Administrative Tribunals Act*, S.B.C. 2004, ch. 45 (« ATA ») et entrées en vigueur le 18 octobre 2007, toutefois, le WCAT n'a plus compétence pour appliquer le *Code* : *Attorney General Statutes*

of the merits of the Review Officer's decision on the human rights issue.

[73] The question of what this amendment did to the Review Officer's authority to address the *Code* issues is not before us. However, the amendment taking away the WCAT's jurisdiction would appear to engage the same reasoning that led the Review Officer to conclude that he had no jurisdiction with respect to the attacks on the Board's policy as being patently unreasonable and contrary to the *Charter*. As noted earlier, the Review Officer reasoned that as the WCAT did not have this jurisdiction, it followed that the Review Division did not have that jurisdiction either. Thus it seems (although I need not decide the point) that the *ATA* amendments taking away the WCAT's *Code* jurisdiction not only took away a right of review on the merits, but also had the effect of taking away the Review Officer's authority to test Board policies against the *Code* which he exercised in this case. I recognize that the Board takes the opposite view, maintaining that even though *Code* jurisdiction was removed from the WCAT, a review officer may still review Board policies for consistency with the *Code*. It is not my task to resolve this issue here. One thing is certain, however. The amendments were intended to reverse the effects of the Court's decision in *Tranchemontagne* in relation to the human rights jurisdiction of the WCAT (British Columbia, *Official Report of Debates of the Legislative Assembly (Hansard)*, vol. 21, 3rd Sess., 38th Parl., May 16, 2007, at pp. 8088-93).

[74] I simply wish to note the rather complex, changing and at times uncertain process available in the workers' compensation system to address the human rights issue in this case. To my mind, this underlines the wisdom of applying finality doctrines

Amendment Act, 2007, S.B.C. 2007, ch. 14, art. 3. Ainsi, M. Figliola a perdu, à mi-parcours, le droit de soumettre à un examen approfondi reposant sur des éléments de preuve le bien-fondé de la décision de l'agent de révision relative à la question des droits de la personne.

[73] La question de l'effet de ces modifications législatives sur la compétence des agents de révision en matière d'examen des dispositions du *Code* ne nous a pas été soumise. Il semble toutefois que le retrait de la compétence du WCAT en cette matière permette de tenir le même raisonnement que celui qui a amené l'agent de révision à se déclarer sans compétence pour connaître de la prétention suivant laquelle la politique de la Commission est manifestement déraisonnable ou qu'elle est contraire à la *Charte*. Comme je l'ai indiqué, l'agent de révision a considéré que, puisque le WCAT ne possède pas cette compétence, la Section de révision ne peut elle non plus l'exercer. Il semble donc (bien que je n'aie pas à me prononcer sur ce point) que les modifications apportées à l'*ATA* qui ont aboli la compétence du WCAT relative au *Code* ont non seulement supprimé le droit à une révision du bien-fondé des décisions mais ont également enlevé aux agents de révision le pouvoir d'examiner la conformité au *Code* des politiques de la Commission, pouvoir que l'agent avait exercé en l'espèce. Je reconnais que la Commission soutient le contraire, affirmant que malgré le retrait de la compétence du WCAT relative au *Code*, les agents de révision peuvent encore déterminer si les politiques de la Commission sont conformes au *Code*. Il ne m'appartient pas ici de trancher cette question. Une chose est certaine toutefois. Les modifications visaient à annuler l'effet de la décision de notre Cour dans *Tranchemontagne* relativement à la compétence du WCAT en matière de droits de la personne (Colombie-Britannique, *Official Report of Debates of the Legislative Assembly (Hansard)*, vol. 21, 3^e sess., 38^e lég., 16 mai 2007, p. 8088-8093).

[74] Je tiens simplement à montrer le caractère passablement complexe, changeant et, parfois, incertain du mécanisme prévu par le régime d'indemnisation des accidents du travail pour trancher dans le présent cas la question des droits de

with considerable flexibility in the administrative law setting. The decision that is relied on by the Board in this case as being a final determination is in fact an internal review decision given after a paper review in which the employer did not participate. Whether the Review Officer had authority to consider the question is at least debatable. (Of course, Mr. Figliola's position before the Review Officer was that he did have authority.) The remedy available in the proceedings was a decision not to apply the policy and refer it to the Board for study. At the time Mr. Figliola raised the point before the Review Officer, there was a right of appeal to the WCAT which included the opportunity to call evidence. In the midst of the proceedings, that right was removed and indeed the whole authority of the WCAT to even consider *Code* issues was removed. It surely cannot be said that there was any legislative intent that the Review Officer was to have exclusive jurisdiction over the human rights questions.

[75] It seems to me that whether a Review Officer's decision in these circumstances should bar any future consideration by the Human Rights Tribunal of the underlying human rights complaint cannot properly be addressed by simply looking at the three factors identified by my colleague, viz., whether the Review Officer had concurrent jurisdiction to decide a point that was essentially the same as the one before the Human Rights Tribunal and whether there had been an opportunity to know the case to meet and a chance to meet it. There is, as *Danyluk* shows, a great deal more to it than that. The kinds of complications we see in this case are not uncommon in administrative law, although this case may present an unusually cluttered jurisdictional and procedural landscape. The point, to my way of thinking, is that these are the types of factors that call for a highly flexible approach to applying the finality doctrines, a flexibility that in my view exists both at the common law and, as I will discuss next, under s. 27(1)(f) of the *Code*.

la personne. Selon moi, cela montre qu'il n'est que sage d'appliquer avec beaucoup de souplesse, dans le contexte du droit administratif, les doctrines relatives au caractère définitif des décisions. La décision dont la Commission invoque le caractère définitif en l'espèce est en fait une décision interne de révision rendue à la suite d'un examen sur dossier auquel l'employeur n'a pas pris part. La compétence de l'agent de révision d'examiner la question était à tout le moins contestable. (M. Figliola a bien sûr soutenu devant l'agent de révision que celui-ci avait compétence.) La réparation qui pouvait être accordée au terme du processus consistait en une décision de ne pas appliquer la politique et de la soumettre à la Commission pour analyse. Quand M. Figliola a soulevé ce point devant l'agent de révision, il pouvait exercer devant le WCAT un droit d'appel comportant la possibilité de présenter des éléments de preuve. Pendant l'instance, ce droit a été aboli, et le WCAT a même perdu toute compétence relativement au *Code*. On ne peut certes pas dire que l'intention du législateur était d'investir les agents de révision d'une compétence exclusive en matière de droits de la personne.

[75] Il me semble qu'un simple examen des trois facteurs énumérés par ma collègue — la compétence concurrente de l'agent de révision de statuer sur un point qui était essentiellement le même que celui qui a été soumis au Tribunal, l'existence d'une possibilité de connaître les éléments invoqués, et une occasion de les réfuter — ne permet pas d'examiner comme il se doit la question de savoir si la décision d'un agent de révision dans ces circonstances devrait empêcher tout examen ultérieur par le Tribunal des aspects de la plainte qui relèvent des droits de la personne. Comme le montre l'arrêt *Danyluk*, beaucoup d'autres considérations entrent en ligne de compte. Bien que le contexte juridictionnel et procédural de la présente affaire paraisse anormalement confus, des complications de cette nature ne sont pas inhabituelles en droit administratif. C'est à cause de considérations de ce genre qu'il faut selon moi appliquer avec une plus grande souplesse les doctrines relatives au caractère définitif des décisions, et j'estime que tant la common law que l'al. 27(1)f) du *Code*, comme je l'explique ci-après, autorisent cette souplesse.

B. *Statutory Interpretation*

[76] My colleague is of the view that s. 27(1)(f) confers a “limited” discretion, the exercise of which is to be guided uniquely “by the goals of the fairness of finality in decision-making and the avoidance of the relitigation of issues” (para. 36). Putting aside for the moment whether the discretion is “limited” or “broad”, I have difficulty with my colleague’s treatment of the relevant factors which she identifies.

[77] I repeat the three factors identified as those to be considered: whether the previous adjudicator had concurrent authority to decide the matter, whether the issue decided was essentially the same, and whether the previous process provided an opportunity to the parties or their privies to know the case to be met and have a chance to meet it (Abella J.’s reasons, at para. 37). However, at para. 49 of my colleague’s reasons, the question of whether the Review Division’s process met the “necessary procedural requirements” is dismissed as “a classic judicial review question and not one within the mandate of a concurrent decision-maker”. Thus if I understand correctly, the Tribunal is to consider whether the earlier process was fair but cannot consider at all whether the earlier process met the “necessary procedural requirements”. I would have thought that the “necessary procedural requirements” would include the obligation to act fairly. But if that is so, I do not understand how procedural fairness can be at the same time a question beyond the concurrent decision-maker’s mandate (para. 49) and a proper factor for the Tribunal to consider in exercising its discretion under s. 27(1)(f) (para. 37).

[78] It would also seem to me that whether the adjudicator had authority to decide the matter is generally the sort of issue that is raised on judicial review, but it figures here as a factor to be considered in exercising the Tribunal’s discretion (para. 37). In my respectful view, relevant factors cannot

B. *Interprétation législative*

[76] Selon ma collègue, l’al. 27(1)f confère un pouvoir discrétionnaire « restreint » dont l’exercice doit être guidé uniquement « [par] les objets de la disposition, qui sont d’assurer l’équité du caractère définitif du processus décisionnel et d’éviter la remise en cause de questions déjà tranchées » (par. 36). Écartant provisoirement la question du caractère « restreint » ou « large » de ce pouvoir, j’ai de la difficulté à accepter l’analyse que fait ma collègue des facteurs applicables qu’elle a relevés.

[77] Je répète les trois facteurs à examiner que relève ma collègue : si le décideur antérieur avait compétence concurrente pour trancher la question, si la question tranchée était essentiellement la même, et si le processus antérieur a offert la possibilité aux parties ou à leurs ayants droit de connaître les éléments invoqués contre eux et de les réfuter (motifs de la juge Abella, par. 37). Toutefois, ma collègue écarte, au par. 49 de ses motifs, la question de savoir si le processus suivi devant la Section de révision satisfait aux « exigences procédurales », estimant qu’il s’agit là d’une « question de contrôle judiciaire classique et non d’une question que se pose un décideur dans l’exercice d’une compétence concurrente ». Donc, si je comprends bien, le Tribunal doit vérifier l’équité du processus antérieur, mais il ne peut d’aucune façon déterminer si ce processus satisfait aux « exigences procédurales ». Je serais enclin à penser que l’obligation d’agir équitablement est incluse dans les « exigences procédurales ». Mais, si tel est le cas, je ne m’explique pas comment l’équité procédurale peut à la fois excéder la compétence concurrente du décideur (par. 49) et constituer un facteur que le Tribunal doit considérer dans l’exercice du pouvoir discrétionnaire conféré à l’al. 27(1)f (par. 37).

[78] Il me semble aussi que la compétence d’un décideur de trancher un point est généralement une question qui se pose lors d’un contrôle judiciaire, mais elle fait ici partie des facteurs à prendre en compte dans l’exercice du pouvoir discrétionnaire du Tribunal (par. 37). À mon avis, on ne peut

simply be dismissed as “classic judicial review question[s]” and therefore “not one within the mandate of a concurrent decision-maker” (para. 49). This was not the approach in *Danyluk*. Rather, all relevant factors need to be considered and weighed in exercising the discretion.

[79] Be that as may be, it remains that my colleague’s conception of s. 27(1)(f) is that it confers a more limited discretion to apply the finality doctrines than has been recognized at common law with respect to decisions of administrative decision-makers. With respect, and for the following reasons, I cannot accept this interpretation of the provision.

[80] We must interpret the words of the provision “in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament”: *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, 2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559, at para. 26, quoting E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), at p. 87; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, at para. 21.

[81] I turn first to the grammatical and ordinary sense of the words. It is difficult for me to imagine broader language to describe a discretionary power than to say the Tribunal may dismiss a complaint if the substance of it has been appropriately dealt with elsewhere. To my way of thinking, the grammatical and ordinary meaning of the words support an expansive view of the discretion, not a narrow one. I agree with my colleague that this provision reflects the principles of the finality doctrines rather than codifies their technical tenets (para. 46). However, as I discussed earlier, the “principles” of those doctrines, especially as they have developed in administrative law, include a search for balance between finality and fairness and a large measure of discretion to allow that balance to be struck in the wide variety of decision-making contexts in which they may have to be applied. The provision’s focus on the “substance” of the complaint and the use of the broad words “appropriately dealt

simplement écarter un facteur pertinent parce qu’il s’agit d’une « question de contrôle judiciaire classique » qui, par conséquent, n’est pas de celles « que se pose un décideur dans l’exercice d’une compétence concurrente » (par. 49). Telle n’était pas la démarche retenue dans *Danyluk*. Il faut plutôt, dans l’exercice du pouvoir discrétionnaire, prendre en compte et apprécier tous les facteurs pertinents.

[79] Quoi qu’il en soit, il reste que, tel que ma collègue le conçoit, l’al. 27(1)(f) confère, en matière d’application des doctrines relatives au caractère définitif des décisions, un pouvoir discrétionnaire plus restreint que celui qui a été reconnu en common law à l’égard des décisions administratives. Avec égards, et pour les motifs exposés ci-dessous, je ne puis souscrire à cette interprétation.

[80] Il faut interpréter les termes de cette disposition [TRADUCTION] « dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s’harmonise avec l’esprit de la loi, l’objet de la loi et l’intention du législateur » : *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, 2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559, par. 26, citant E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2^e éd. 1983), p. 87; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, par. 21.

[81] Considérons d’abord le sens ordinaire et grammatical des termes. Il m’est difficile d’envisager l’octroi d’un pouvoir discrétionnaire en des termes plus larges si l’on dit que le tribunal peut rejeter une plainte s’il a été statué de façon appropriée sur le fond de la plainte dans une autre instance. Selon moi, le sens ordinaire et grammatical de ces termes permet de donner une large portée au pouvoir discrétionnaire, non une portée restreinte. Je considère tout comme ma collègue que la disposition est l’expression des principes fondant les doctrines relatives au caractère définitif des décisions plutôt qu’une codification de leurs éléments techniques (par. 46). Toutefois, comme je l’ai déjà indiqué, ces « principes », tels qu’ils ont évolué en droit administratif en particulier, comportent la recherche d’un juste équilibre entre, d’une part, le caractère définitif et l’équité, et, d’autre part, un pouvoir discrétionnaire d’une ampleur propre à réaligner cet équilibre dans la multitude des contextes

with” seem to me clear indications that the breadth of the common law discretion is expanded, not restricted.

[82] I turn next to look at the provision in the context of the rest of the section in which it is found. It is suggested that s. 27(1)(f) should be read narrowly because the character of the other six categories of discretion conferred by s. 27(1) relates to clear circumstances in which dismissal would be appropriate. The premise of this view is that all of the other parts of s. 27(1) clearly call for a narrow discretion. Respectfully, I do not accept this premise. It is the case, of course, that some of the other grounds of discretionary dismissal set out in s. 27(1) do indeed arise in circumstances in which it would be demonstrably undesirable to proceed with the complaint: *Abella J.*'s reasons, at paras. 39-41. For example, it is hard to see how the Tribunal has discretion, in any meaningful sense of the word, to refuse to dismiss a complaint not within its jurisdiction (s. 27(1)(a)), or which discloses no contravention of the *Code* (s. 27(1)(b)). However, not all of the categories set out in s. 27(1) are of this character: see, e.g., *Becker v. Cariboo Chevrolet Oldsmobile Pontiac Buick GMC Ltd.*, 2006 BCSC 43, 42 Admin. L.R. (4th) 266, at paras. 38-42. In my view, the nature of the discretion in the various paragraphs of s. 27(1) is influenced by the content of each paragraph rather than the use of “may” in the section’s opening words.

[83] Section 27(1)(d) confers discretion to dismiss where the proceeding would not benefit the person, group or class alleged to have been discriminated against or would not further the purposes of the *Code*. Exercising this discretion requires the Tribunal to consider fundamental questions about the role of human rights legislation and human rights adjudication. The discretion with respect to these matters is thus wide-ranging, grounded in policy and in the Tribunal’s specialized human

décisionnels où ils sont appelés à s’appliquer. La disposition met l’accent sur le [TRADUCTION] « fond » de la plainte, et l’emploi des termes larges « a été statué de façon appropriée » indique clairement, selon moi, qu’elle élargit plutôt qu’elle ne restreint la portée du pouvoir discrétionnaire prévu par la common law.

[82] Examinons ensuite la disposition dans le contexte du reste de l’article. Ma collègue considère qu’il faut interpréter l’al. 27(1)f) de façon restrictive parce que les six autres catégories de pouvoirs discrétionnaires conférés au par. 27(1) ont trait, de par leur nature, à des circonstances où le rejet de la plainte est clairement approprié. Ce raisonnement repose sur la prémisse que tous les autres alinéas du par. 27(1) confèrent clairement un pouvoir discrétionnaire restreint. Je ne puis accepter cette prémisse. Certes, certains des autres motifs de rejet discrétionnaire énumérés au par. 27(1) s’appliquent effectivement dans des circonstances où il ne serait nettement pas souhaitable de donner suite à la plainte : motifs de la juge *Abella*, par. 39-41. On voit difficilement, par exemple, comment le Tribunal pourrait jouir du pouvoir discrétionnaire réel de refuser de rejeter une plainte qui ne relèverait pas de sa compétence (al. 27(1)a)), ou qui ne révélerait aucune contravention au *Code* (al. 27(1)b)). Ce ne sont pas toutes les catégories mentionnées au par. 27(1) qui sont de cette nature, cependant : voir, p. ex., *Becker c. Cariboo Chevrolet Oldsmobile Pontiac Buick GMC Ltd.*, 2006 BCSC 43, 42 Admin. L.R. (4th) 266, par. 38-42. Selon moi, c’est plutôt le contenu des différents alinéas du par. 27(1) et non le mot [TRADUCTION] « peut », employé dans les premiers mots de cet article, qui influe sur la nature du pouvoir discrétionnaire.

[83] L’alinéa 27(1)d) investit le Tribunal du pouvoir discrétionnaire de rejeter une plainte qui n’apporterait rien à la personne, au groupe ou à la catégorie censés avoir été victimes de discrimination, ou qui ne servirait pas les fins du *Code*. L’exercice de ce pouvoir oblige le Tribunal à faire l’examen de questions fondamentales concernant le rôle de la législation relative aux droits de la personne et des instances décisionnelles chargées de l’appliquer. Il s’agit donc là d’un pouvoir discrétionnaire large

rights mandate (*Becker*, at para. 42). It does not share the character of some of the other more straightforward provisions in s. 27(1), but is similar in breadth to the discretion set out in s. 27(1)(f). In s. 27(1)(f), the breadth of the discretion is apparent from the very general language relating to the “substance” of the complaint and whether it has been dealt with “appropriately”. I see nothing in the structure of or the context provided by s. 27(1) read as a whole that suggests a narrow interpretation of the discretion to dismiss where the “substance” of a complaint has been “appropriately” dealt with.

fondé sur des considérations de politique générale et sur la mission spécialisée du Tribunal en matière de droits de la personne (*Becker*, par. 42). Le pouvoir n'est pas de la même nature que celui conféré par certaines des autres dispositions plus simples du par. 27(1), mais son étendue est comparable à celle du pouvoir discrétionnaire prévu à l'al. 27(1)(f). Dans ce dernier alinéa, la portée du pouvoir discrétionnaire se dégage des termes très généraux employés, concernant le [TRADUCTION] « fond » de la plainte et la question de savoir s'il a été statué sur ce fond « de façon appropriée ». Je ne relève dans la structure ou le contexte du par. 27(1) pris dans son ensemble aucune indication qu'il faille interpréter restrictivement le pouvoir discrétionnaire de rejet lorsqu'il a été statué « de façon appropriée » sur le « fond » d'une plainte.

[84] A further element of the statutory context is the provision's legislative history. That history confirms that it was the legislature's intent to confer a broad discretion to dismiss or not to dismiss where there had been an earlier proceeding. It is significant that the *Human Rights Code* previously set out in s. 25(3) mandatory factors to take into account in the exercise of this discretion in *deferring* a complaint. The now repealed s. 27(2) provided that those same factors had to be considered when *dismissing* a complaint. These factors included the subject matter and nature of the other proceeding and the adequacy of the remedies available in the other proceeding in the circumstances. However, the legislature removed these specified factors (*Human Rights Code Amendment Act, 2002*, S.B.C. 2002, c. 62, ss. 11 and 12). This is consistent with an intention to confer a more open-ended discretion. That intention is explicit in the *Official Report of Debates of the Legislative Assembly (Hansard)*. Indeed, in response to the question as to why the mandatory factors were removed, the Honourable Geoff Plant, then-Attorney General of British Columbia and responsible minister for this legislation, said the following:

[84] L'historique législatif d'une disposition fait également partie de son contexte. Cet historique confirme que, pour ce qui est du rejet d'une plainte ayant fait l'objet d'une instance antérieure, le législateur a voulu conférer un pouvoir discrétionnaire étendu. Il est significatif que le *Human Rights Code* ait déjà énuméré, au par. 25(3), des facteurs qui devaient être pris en compte dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire d'*ajourner* ou non l'examen d'une plainte. Le par. 27(2), maintenant abrogé, exigeait l'examen de ces mêmes facteurs lorsqu'il s'agissait de *rejeter* une plainte. Ces facteurs comprenaient l'objet et la nature de l'autre instance ainsi que le caractère suffisant des mesures de réparation offertes dans l'autre instance dans les circonstances. Toutefois, le législateur a aboli ces facteurs (*Human Rights Code Amendment Act, 2002*, S.B.C. 2002, ch. 62, art. 11 et 12), ce qui manifeste une intention de conférer un pouvoir discrétionnaire moins limitatif. Cette intention est explicitement formulée dans le *Official Report of Debates of the Legislative Assembly (Hansard)* de l'assemblée législative. Interrogé au sujet des raisons de la suppression des facteurs obligatoires, l'honorable Geoff Plant, qui était procureur général de la Colombie-Britannique et ministre responsable de l'application de cette loi à l'époque, a répondu ce qui suit :

The fundamental issue in any attempt to seek the exercise of this power is whether there is another proceeding capable of appropriately dealing with the substance of the complaint. Our view is that that test is sufficient to ensure that the power is exercised in a case-by-case way in accordance with the principles and purposes of the code. It may well be that the panel members will consider the facts and factors that are now referred to in subsection (3), but we did not think it was necessary to tie the hands of a panel or a tribunal member with those specific criteria.

... [What the amendment] does is express the principle or the test pretty broadly and pretty generally. [Emphasis added.]

(*Official Report of Debates of the Legislative Assembly (Hansard)*, vol. 9, 3rd Sess., 37th Parl., October 28, 2002, at p. 4094)

[85] The intent was clearly to broaden, not to narrow, the range of factors which a tribunal could consider. I would also add, with respect, that the comments of the Minister of Government Services at second reading of the *Human Rights Amendment Act, 1995*, S.B.C. 1995, c. 42, cited by Abella J., at para. 43, have nothing to do with the scope of discretion under s. 27(1)(f) or its predecessor provisions.

[86] A further aspect of the legislative context is the legal framework in which the legislation is to operate. I have developed earlier my understanding of the common law approach to the discretionary application of finality doctrines in the administrative law context. Read against that background, my view is that the provision may most realistically be viewed as further loosening the strictures of the common law doctrines.

[87] It is also part of the pre-existing legal framework that under earlier legislation (*Human Rights Code*, R.S.B.C. 1996, c. 210, s. 27), the Commissioner of Investigation and Mediation had developed a policy about how to decide whether to proceed with a complaint that had been the subject

[TRADUCTION] La question essentielle qui se pose chaque fois que l'on envisage l'exercice de ce pouvoir est celle de l'existence d'un autre mécanisme permettant de statuer de façon appropriée sur le fond de la plainte. Selon nous, il s'agit là d'un test suffisant pour faire en sorte que le pouvoir soit exercé dans chaque cas conformément aux principes et aux objectifs du *Code*. Il est fort possible que les membres du Tribunal prennent en compte les faits et les facteurs qui sont à présent mentionnés au paragraphe (3), mais nous n'avons pas jugé nécessaire que ces critères particuliers lient les membres du Tribunal.

... [Ce qu'accomplit la modification], c'est exprimer le principe ou le test de façon assez large et générale. [Je souligne.]

(*Official Report of Debates of the Legislative Assembly (Hansard)*, vol. 9, 3^e sess., 37^e lég., 28 octobre 2002, p. 4094)

[85] Le législateur voulait manifestement élargir l'éventail des facteurs qu'un tribunal doit prendre en compte, et non le rétrécir. J'ajouterais que les observations qu'a faites le ministre des Services gouvernementaux en deuxième lecture de la *Human Rights Amendment Act, 1995*, S.B.C. 1995, ch. 42, que cite la juge Abella au par. 43, n'ont aucun rapport avec la portée du pouvoir discrétionnaire exercé aux termes de l'al. 27(1)(f) ou des dispositions qui l'ont précédé.

[86] Le cadre législatif dans lequel s'inscrit cette Loi constitue un autre aspect de son contexte législatif. J'ai déjà exposé mon interprétation des principes de la common law régissant l'application discrétionnaire des doctrines relatives au caractère définitif des décisions en droit administratif. Dans ce contexte, j'estime qu'il est plus réaliste de voir dans la disposition en cause un assouplissement des restrictions posées par la common law.

[87] Le cadre juridique préexistant comportait aussi une politique élaborée par le commissaire aux enquêtes et à la médiation sous le régime de la loi antérieure (*Human Rights Code*, R.S.B.C. 1996, ch. 210, art. 27) pour guider la prise de décision au sujet des suites à donner à une plainte ayant fait

of other proceedings. That policy called for consideration of factors such as these:

(1) the administrative fairness of the other proceeding; (2) the expertise of the decision-makers and investigators; (3) whether the case involves important human rights issues which invoke the public interest enunciated by the Code; (4) which forum is more appropriate for discussion of the issues; (5) whether the other proceeding protects the complainant against the discriminatory practice; and (6) whether there is a conflict between the goals and intent of the Code and the other proceedings, and practical issues including the time which each procedure would take and the consequences in terms of emotional strain, personal relations and long term outcome of processes.

(D. K. Lovett and A. R. Westmacott, "Human Rights Review: A Background Paper" (2001) (online), at p. 100, fn. 128)

[88] The use of the broad language employed in s. 27(1)(f), introduced into the pre-existing practice, does not support the view that the discretion was narrowly conceived; it supports the opposite inference.

[89] A final contextual element relates to the similarly worded power to defer a complaint pending its resolution in another forum under s. 25(2) of the Code. That provision reads as follows:

25. . . .

- (2) If at any time after a complaint is filed a member or panel determines that another proceeding is capable of appropriately dealing with the substance of a complaint, the member or panel may defer further consideration of the complaint until the outcome of the other proceeding.

[90] The power to defer a complaint is not based on the finality doctrines because when deferral is being considered there has been no other final decision. Nonetheless, the legislature chose to use essentially the same language to confer discretion to defer as it did to confer the discretion to dismiss. The repetition of this language in s. 27(1)(f)

l'objet d'une autre instance. Cette politique demandait l'examen de facteurs tels les suivants :

[TRADUCTION] (1) l'équité administrative de l'autre instance, (2) l'expertise des décideurs et enquêteurs, (3) la possibilité que l'instance comporte l'examen d'importantes questions de droits de la personne relevant des considérations d'intérêt public énoncées au Code, (4) le forum le plus approprié pour l'examen de ces questions, (5) la protection que l'autre instance offre au plaignant contre la pratique discriminatoire, et (6) l'existence d'un conflit entre les buts et objets du Code et l'autre instance, et des considérations pratiques incluant la durée probable de chaque instance, leurs conséquences en termes de tension psychologique et de relations personnelles et le résultat à long terme des processus.

(D. K. Lovett et A. R. Westmacott, « Human Rights Review : A Background Paper » (2001) (en ligne), p. 100, note 128)

[88] La formulation générale employée à l'al. 27(1)(f), introduite dans la pratique préexistante, ne renforce pas le point de vue selon lequel on voulait donner une portée étroite au pouvoir discrétionnaire; elle permet de déduire le contraire.

[89] Le pouvoir d'ajourner l'examen d'une plainte jusqu'à ce qu'elle soit tranchée dans un autre forum, conféré en termes similaires au par. 25(2) du Code, fournit un dernier élément contextuel. Voici le texte de cette disposition :

[TRADUCTION]

25. . . .

- (2) Un membre ou une formation qui est d'avis qu'une autre instance permet de statuer de façon appropriée sur le fond de la plainte peut à tout moment après le dépôt de celle-ci en ajourner l'examen jusqu'à l'issue de l'autre instance.

[90] Le pouvoir discrétionnaire d'ajourner l'examen d'une plainte ne repose pas sur les doctrines relatives au caractère définitif des décisions parce qu'au moment de l'examen de l'ajournement, aucune autre décision définitive n'a encore été rendue. Néanmoins, le législateur a choisi de conférer le pouvoir dans les termes mêmes qu'il a

suggests to me that a broad and flexible discretion was intended.

[91] Looking at the text, context and purpose of the provision, I conclude that the discretion conferred under s. 27(1)(f) was conceived of as a broad discretion.

C. *Exercising the Discretion*

[92] As I see it, s. 27(1)(f) broadens the common law approach to the finality doctrines in two main ways. By asking whether the substance of the complaint has been addressed elsewhere, the focus must be on the substance of the complaint — its “essential character” to borrow a phrase from *Weber v. Ontario Hydro*, [1995] 2 S.C.R. 929, at para. 52; and *Villella v. Vancouver (City)*, 2005 BCHRT 405, [2005] B.C.H.R.T.D. No. 405 (QL), at para. 21. The focus is not on the technical requirements of the common law finality doctrines, such as identity of parties, mutuality, identity of claims and so forth. The section compels attention to the substance of the matter, not to technical details of pleading or form. If the Tribunal concludes that the substance of the complaint has not in fact been dealt with previously, then its inquiry under s. 27(1)(f) is completed and there is no basis to dismiss the complaint. Where the substance of the matter has been addressed previously, the important interests in finality and adherence to proper review mechanisms are in play. It then becomes necessary for the Tribunal to exercise its discretion, recognizing that those interests must be given significant weight.

[93] Faced with a complaint, the substance of which has been addressed elsewhere, the Tribunal must decide whether there is something in the circumstances of the particular case to make it inappropriate to apply the general principle that the earlier resolution of the matter should be final. Other than by providing that the previous dealing with the substance of the complaint has been appropriate, the statute is silent on the factors that may properly be considered by the Tribunal in exercising its

employés pour conférer le pouvoir discrétionnaire de rejeter une plainte. Ce recours à la même formulation à l'al. 27(1)f) indique à mon avis que le législateur souhaitait accorder un pouvoir discrétionnaire large et souple.

[91] Compte tenu du texte, du contexte et de l'objectif de l'al. 27(1)f), je suis d'avis que le pouvoir discrétionnaire qu'il confère se voulait large.

C. *L'exercice du pouvoir discrétionnaire*

[92] À mon sens, l'al. 27(1)f) élargit de deux façons la portée des doctrines de la common law relatives au caractère définitif des décisions. Puisqu'il faut déterminer si le fond de la plainte a été examiné dans une autre instance, l'accent doit porter sur le fond de la plainte — son « essence », pour reprendre le terme employé dans *Weber c. Ontario Hydro*, [1995] 2 R.C.S. 929, par. 52; et *Villella c. Vancouver (City)*, 2005 BCHRT 405, [2005] B.C.H.R.T.D. No. 405 (QL), par. 21. Il ne porte pas sur les exigences techniques de ces doctrines, telles l'identité des parties, la réciprocité, l'identité des demandes, etc. Cette disposition fait porter l'attention sur le fond de l'affaire, non sur les aspects procéduraux ou formels. Si le Tribunal conclut qu'il n'a pas dans les faits été statué sur le fond de la plainte, l'examen prévu à l'al. 27(1)f) est terminé, et le rejet de la plainte n'est pas fondé. Si la plainte a déjà été examinée au fond, les intérêts importants que revêtent le caractère définitif de la décision et le recours aux mécanismes de révision applicables entrent en jeu, et le Tribunal doit alors exercer son pouvoir discrétionnaire en reconnaissant qu'il y a lieu d'attribuer à ces intérêts un poids appréciable.

[93] Si le fond de la plainte a fait l'objet d'un examen dans une autre instance, le Tribunal doit établir si un élément des circonstances de l'affaire fait en sorte qu'il ne conviendrait pas d'appliquer le principe général du caractère définitif de la décision antérieure. La Loi ne mentionne aucun facteur que le Tribunal doit prendre en compte dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire de rejeter ou non la plainte, hormis le caractère approprié de son examen antérieur au fond. Ce pouvoir discrétionnaire est

discretion to dismiss or not to dismiss. This exercise of discretion is “necessarily case specific and depends on the entirety of the circumstances”: *Schweneke v. Ontario* (2000), 47 O.R. (3d) 97 (C.A.), at paras. 38 and 43, cited with approval in *Danyluk*, at para. 63. *Danyluk*, however, provides a useful starting point for assembling a non-exhaustive group of relevant considerations.

[94] The mandate of the previous decision-maker and of the Tribunal should generally be considered. Is there a discernable legislative intent that the other decision-maker was intended to be an exclusive forum or, on the contrary, that the opposite appears to have been contemplated? The purposes of the legislative schemes should also generally be taken into account. For example, if the focus and purpose of the earlier administrative proceeding was entirely different from proceedings before the Human Rights Tribunal, there may be reason to question the appropriateness of giving conclusive weight to the outcome of those earlier proceedings. The existence of review mechanisms for the earlier decision is also a relevant consideration. Failure to pursue appropriate means of review will generally count against permitting the substance of the complaint to be relitigated in another forum. However, as *Danyluk* shows, this is not always a decisive consideration (paras. 74 and 80). The Tribunal may also consider the safeguards available to the parties in the earlier administrative proceedings. Such factors as the availability of evidence and the opportunity of the party to fully present his or her case should be taken into account. A further relevant consideration is the expertise of the earlier administrative decision-maker. As Binnie J. noted in *Danyluk*, the rule against collateral attack has long taken this factor into account. While not conclusive, the fact that the earlier decision is “based on considerations which are foreign to an administrative appeal tribunal’s expertise or *raison d’être*” may suggest that it did not appropriately deal with the matter: para. 77, citing *R. v. Consolidated Maybrun Mines Ltd.*, [1998] 1 S.C.R. 706, at para. 50. The circumstances giving rise to the prior administrative proceedings may also be a relevant consideration. In *Danyluk*, for example, the fact that the employee had undertaken the earlier administrative proceedings at a

[TRADUCTION] « nécessairement exercé au cas par cas et son application dépend de l’ensemble des circonstances » : *Schweneke c. Ontario* (2000), 47 O.R. (3d) 97 (C.A.), par. 38 et 43, cité et approuvé dans *Danyluk*, au par. 63. Toutefois, l’arrêt *Danyluk* expose un point de départ utile pour l’établissement d’un ensemble non exhaustif de facteurs pertinents.

[94] Il faut généralement considérer la mission du décideur antérieur et celle du tribunal. Peut-on discerner une intention du législateur de conférer une compétence exclusive à l’autre décideur ou plutôt l’intention opposée? Il convient habituellement aussi de prendre en compte les objectifs des deux régimes établis par la loi. Par exemple, si l’orientation et l’objet de l’instance administrative antérieure diffèrent complètement de ceux d’une instance devant le Tribunal, il y a peut-être lieu de se demander s’il convient d’attribuer un caractère concluant au résultat de l’instance antérieure. L’existence de mécanismes de révision de la décision antérieure constitue aussi un facteur pertinent. L’omission de se prévaloir des voies de révision appropriées militera généralement contre la remise en cause du fond d’une plainte devant un autre forum. Comme l’illustre l’arrêt *Danyluk*, toutefois, il ne s’agit pas toujours là d’un facteur déterminant (par. 74 et 80). Le Tribunal peut également examiner les garanties offertes aux parties dans l’instance administrative antérieure. Des critères comme la disponibilité d’éléments de preuve et la possibilité pour l’intéressé de faire valoir tous ses moyens devraient être pris en compte. L’expertise du décideur administratif antérieur est aussi un facteur pertinent. Comme le juge Binnie l’a indiqué dans *Danyluk*, ce facteur intervient depuis longtemps dans l’application de la règle prohibant les contestations indirectes. Le fait que la décision antérieure « repose sur des considérations étrangères à l’expertise ou à la raison d’être d’une instance administrative d’appel », bien qu’il ne soit pas déterminant, peut indiquer qu’il n’a pas été statué de façon appropriée sur la question : par. 77, citant *R. c. Consolidated Maybrun Mines Ltd.*, [1998] 1 R.C.S. 706, par. 50. Les circonstances ayant mené à l’instance antérieure peuvent aussi constituer un facteur pertinent. Dans *Danyluk*, par exemple, le fait que l’employée ait entrepris le

time of “personal vulnerability” was taken into account (para. 78).

[95] The most important consideration, however, is the last one noted by Binnie J. in *Danyluk*, at para. 80: whether giving the earlier proceeding final and binding effect will work an injustice. If there is substantial injustice, or a serious risk of it, poor procedural choices by the complainant should generally not be fatal to an appropriate consideration of his or her complaint on its merits.

[96] The Tribunal’s approach to the s. 27(1)(f) discretion is in line with the *Danyluk* factors. For example, in *Villella*, the Tribunal discussed a number of the factors which it should consider. It emphasized that the question was not whether, in its view, the earlier proceeding was correctly decided or whether the process was the same as the Tribunal’s process. The Tribunal recognized that it is the clear legislative intent of s. 25 that proceedings before the Tribunal are not the sole means through which human rights issues can be appropriately addressed. However, the Tribunal also noted that s. 27(1)(f) obliged it to examine the substance of the matter and not to simply “rubber stamp” the previous decision (para. 19). This requires looking at such factors as the issues raised in the earlier proceedings; whether those proceedings were fair; whether the complainant had been adequately represented; whether the applicable human rights principles had been canvassed; whether an appropriate remedy had been available; and whether the complainant chose the forum for the earlier proceedings. This flexible and global assessment seems to me to be exactly the sort of approach called for by s. 27(1)(f).

D. Application

[97] At the end of the day, I agree with Abella J.’s conclusion that the Tribunal’s decision not to dismiss the complaint under s. 27(1)(f) was patently unreasonable within the meaning of s. 59 of the

recours administratif antérieur à un moment qui faisait d’elle une « personne vulnérable » a été pris en compte (par. 78).

[95] Le facteur le plus important, toutefois, est celui que le juge Binnie mentionne en dernier lieu dans *Danyluk*, au par. 80 : l’injustice pouvant résulter de l’attribution d’une portée définitive et exécutoire à l’instance antérieure. En cas d’injustice substantielle ou de risque sérieux d’une telle injustice, les choix procéduraux malavisés du plaignant ne devraient généralement pas sonner le glas d’un examen au fond approprié de sa plainte.

[96] La façon dont le Tribunal a abordé l’exercice du pouvoir discrétionnaire prévu à l’al. 27(1)f) est conforme aux facteurs énumérés dans *Danyluk*. Par exemple, dans *Villella*, il a examiné un certain nombre de facteurs à prendre en compte. Il a souligné que la question n’était pas de savoir si, à son avis, la décision antérieure était bien fondée ou si la procédure appliquée était la même que celle devant le Tribunal. Il a reconnu que selon l’intention législative claire à la base de l’art. 25, le recours devant le Tribunal n’est pas le seul moyen permettant qu’il soit statué de façon appropriée sur une question de droits de la personne. Il a également indiqué, toutefois, que l’al. 27(1)f) l’oblige à examiner le fond de la plainte et non à simplement entériner [TRADUCTION] « les yeux fermés » la décision antérieure (par. 19). Il lui faut, en conséquence, tenir compte d’éléments comme les questions soulevées dans l’instance antérieure et les questions de savoir si cette instance s’est déroulée de façon équitable, si le plaignant était bien représenté, si les principes applicables en matière de droits de la personne ont été examinés, si une réparation appropriée pouvait être accordée et si le choix du forum antérieur relevait du plaignant. Cette évaluation globale et souple me paraît être exactement la démarche que requiert l’al. 27(1)f).

D. Application

[97] En dernière analyse, je souscris à la conclusion de la juge Abella qu’en refusant de rejeter la plainte en application de l’al. 27(1)f), le Tribunal a rendu une décision manifestement déraisonnable

ATA. For the purposes of that section, a discretionary decision is patently unreasonable if, among other things, it “is based entirely or predominantly on irrelevant factors” (s. 59(4)(c)), or “fails to take statutory requirements into account” (s. 59(4)(d)). While in my view, the Tribunal was entitled to take into account the alleged procedural limitations of the proceedings before the Review Officer, it committed a reversible error by basing its decision on the alleged lack of independence of the Review Officer and by ignoring the potential availability of judicial review to remedy any procedural defects. More fundamentally, it failed to consider whether the “substance” of the complaint had been addressed and thereby failed to take this threshold statutory requirement into account. It also, in my view, failed to have regard to the fundamental fairness or otherwise of the earlier proceeding. All of this led the Tribunal to give no weight at all to the interests of finality and to largely focus instead on irrelevant considerations of whether the strict elements of issue estoppel were present.

[98] However, I do not agree with my colleague’s proposed disposition of the appeal. In her reasons, Abella J. would allow the appeal, set aside the Tribunal’s decision and dismiss the complaints. In my opinion, the appeal should be allowed and, in accordance with what I understand to be the general rule in British Columbia, the Workers’ Compensation Board’s application to dismiss the complaints under s. 27(1)(f) should be remitted to the Tribunal for reconsideration. As the Court of Appeal held in *Workers’ Compensation Appeal Tribunal (B.C.) v. Hill*, 2011 BCCA 49, 299 B.C.A.C. 129, at para. 51, “the general rule is that where a party succeeds on judicial review, the appropriate disposition is to order a rehearing or reconsideration before the administrative decision-maker, unless exceptional circumstances indicate the court should make the decision the legislation has assigned to the administrative body” (see also *Allman v. Amacon Property Management Services*

au sens de l’art. 59 de l’ATA. Suivant cet article, est manifestement déraisonnable une décision procédant d’un pouvoir discrétionnaire exercé [TRADUCTION] « entièrement ou principalement sur le fondement de facteurs non pertinents » (al. 59(4)c)) ou « sans tenir compte d’exigences prévues par la loi » (al. 59(4)d)). Or, bien que j’estime que le Tribunal pouvait tenir compte des allégations relatives aux limites procédurales du recours devant l’agent de révision, il a selon moi commis une erreur justifiant l’annulation de sa décision en fondant cette dernière sur le prétendu manque d’indépendance de l’agent de révision et en faisant abstraction de la possibilité de recourir au contrôle judiciaire pour corriger tout vice procédural. Plus fondamentalement encore, il n’a pas examiné s’il avait été statué sur le « fond » de la plainte, omettant ainsi de prendre en considération une condition imposée par la Loi. Je suis également d’avis qu’il n’a pas pris en compte l’équité, fondamentale ou autre, de l’instance antérieure. Tout cela a fait en sorte que le Tribunal n’a accordé aucun poids aux intérêts en jeu en matière de caractère définitif de la décision, et qu’il a largement fondé son analyse, plutôt, sur des facteurs non pertinents rattachés à l’existence des stricts éléments constitutifs de la préclusion fondée sur une question déjà tranchée.

[98] Toutefois, je ne puis souscrire à la solution que propose ma collègue dans ce pourvoi. Dans ses motifs, la juge Abella se dit d’avis d’accueillir le pourvoi, d’annuler la décision du Tribunal et de rejeter les plaintes. Selon moi, il y a lieu d’accueillir le pourvoi et, comme le veut à mon avis la règle générale en Colombie-Britannique, de renvoyer au Tribunal, pour qu’il la réexamine, la demande de rejet des plaintes présentée par la Commission aux termes de l’al. 27(1)f). Comme l’a affirmé la Cour d’appel dans *Workers’ Compensation Appeal Tribunal (B.C.) c. Hill*, 2011 BCCA 49, 299 B.C.A.C. 129, par. 51, [TRADUCTION] « suivant la règle générale, lorsqu’une partie a gain de cause à l’issue d’un contrôle judiciaire, il convient d’ordonner une nouvelle audition ou un nouvel examen devant le décideur administratif, à moins que des circonstances exceptionnelles justifient la cour de rendre la décision qui, selon la loi, appartient à l’organisme administratif » (voir également *Allman c.*

Inc., 2007 BCCA 302, 243 B.C.A.C. 52). This case does not present exceptional circumstances justifying diverging from this general rule.

[99] I would therefore allow the appeal without costs and remit the Workers' Compensation Board's application under s. 27(1)(f) to the Tribunal for reconsideration.

Appeal allowed.

Solicitor for the appellant: Workers' Compensation Board, Richmond.

Solicitor for the respondents Guiseppe Figliola, Kimberley Sallis and Barry Dearden: Community Legal Assistance Society, Vancouver.

Solicitor for the respondent the British Columbia Human Rights Tribunal: British Columbia Human Rights Tribunal, Vancouver.

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

Solicitors for the intervener the Coalition of BC Businesses: Heenan Blaikie, Vancouver.

Solicitor for the intervener the Canadian Human Rights Commission: Canadian Human Rights Commission, Ottawa.

Solicitor for the intervener the Alberta Human Rights Commission: Alberta Human Rights Commission, Calgary.

Solicitors for the intervener the Vancouver Area Human Rights Coalition Society: Bull, Housser & Tupper, Vancouver.

Amacon Property Management Services Inc., 2007 BCCA 302, 243 B.C.A.C. 52). En l'espèce, aucune circonstance exceptionnelle ne justifie que l'on écarte cette règle générale.

[99] Je suis donc d'avis d'accueillir le pourvoi sans dépens et de renvoyer au Tribunal, pour qu'il la réexamine, la demande de la Commission présentée aux termes de l'al. 27(1)f).

Pourvoi accueilli.

Procureur de l'appelante : Workers' Compensation Board, Richmond.

Procureur des intimés Guiseppe Figliola, Kimberley Sallis et Barry Dearden : Community Legal Assistance Society, Vancouver.

Procureur de l'intimé British Columbia Human Rights Tribunal : British Columbia Human Rights Tribunal, Vancouver.

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

Procureurs de l'intervenante Coalition of BC Businesses : Heenan Blaikie, Vancouver.

Procureur de l'intervenante la Commission canadienne des droits de la personne : Commission canadienne des droits de la personne, Ottawa.

Procureur de l'intervenante Alberta Human Rights Commission : Alberta Human Rights Commission, Calgary.

Procureurs de l'intervenante Vancouver Area Human Rights Coalition Society : Bull, Housser & Tupper, Vancouver.

**Canadian Human Rights Commission and
Donna Mowat** *Appellants*

v.

Attorney General of Canada *Respondent*

and

**Canadian Bar Association and Council of
Canadians with Disabilities** *Interveners*

**INDEXED AS: CANADA (CANADIAN
HUMAN RIGHTS COMMISSION) v.
CANADA (ATTORNEY GENERAL)**

2011 SCC 53

File No.: 33507.

2010; December 13; 2011; October 28.

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

**ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF
APPEAL**

Administrative law — Judicial review — Standard of review — Canadian Human Rights Tribunal awarding legal costs to complainant — Whether standard of reasonableness applicable to Tribunal's decision to award costs — Whether Tribunal made a reviewable error in awarding costs to complainant — Canadian Human Rights Act, R.S.C. 1985, c. H-6, s. 53(2)(c), (d).

Administrative law — Boards and tribunals — Jurisdiction — Costs — Canadian Human Rights Tribunal awarding legal costs to complainant — Whether Tribunal having jurisdiction to award costs — Canadian Human Rights Act, R.S.C. 1985, c. H-6, s. 53(2)(c), (d).

M filed a human rights complaint with the Canadian Human Rights Commission alleging that the Canadian Forces had discriminated against her on the ground of sex contrary to the provisions of the *Canadian Human Rights Act* (“CHRA”). The Canadian Human Rights Tribunal (“Tribunal”) concluded that M’s complaint of sexual harassment was substantiated in part and she was awarded \$4,000 to compensate for “suffering in respect

**Commission canadienne des droits de la
personne et Donna Mowat** *Appelantes*

c.

Procureur général du Canada *Intimé*

et

**Association du Barreau canadien et Conseil
des Canadiens avec déficiences** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : CANADA (COMMISSION
CANADIENNE DES DROITS DE LA PERSONNE) c.
CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL)**

2011 CSC 53

N° du greffe : 33507.

2010 : 13 décembre; 2011 : 28 octobre.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Norme de contrôle — Adjudication des dépens à la plaignante par le Tribunal canadien des droits de la personne — La norme du caractère raisonnable s'applique-t-elle à la décision du Tribunal d'adjuger des dépens? — Le Tribunal a-t-il commis une erreur susceptible de contrôle judiciaire en adjugeant les dépens à la plaignante? — Loi canadienne sur les droits de la personne, L.R.C. 1985, ch. H-6, art. 53(2)(c), d).

Droit administratif — Organismes et tribunaux administratifs — Compétence — Dépens — Adjudication des dépens à la plaignante par le Tribunal canadien des droits de la personne — Le Tribunal a-t-il le pouvoir d'adjuger des dépens? — Loi canadienne sur les droits de la personne, L.R.C. 1985, ch. H-6, art. 53(2)(c), d).

M a saisi la Commission canadienne des droits de la personne d’une plainte selon laquelle les Forces canadiennes avaient fait preuve à son endroit de discrimination fondée sur le sexe et ainsi contrevenu aux dispositions de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* (« LCDP »). Le Tribunal canadien des droits de la personne (« Tribunal ») a conclu que M avait établi en partie le bien-fondé de sa plainte de harcèlement

of feelings or self-respect". M applied for legal costs. The Tribunal determined that it had the authority to order costs pursuant to s. 53(2)(c) and (d) of the *CHRA* and awarded M \$47,000 in this regard. The Federal Court upheld the Tribunal's decision on its authority to award costs. The Federal Court of Appeal allowed an appeal of this decision and held that the Tribunal had no authority to make a costs award.

Held: The appeal should be dismissed.

Administrative tribunals are generally entitled to deference in respect of the legal interpretation of their home statutes and laws or legal rules closely connected to them. However, general questions of law that are both of central importance to the legal system as a whole and outside the adjudicator's specialized area of expertise must be reviewed on a standard of correctness. The proper standard of review of the Tribunal's decision to award legal costs to the successful complainant is reasonableness. Whether the Tribunal has the authority to award costs is a question of law which is located within the core function and expertise of the Tribunal and which relates to the interpretation and the application of its enabling statute. This issue is neither a question of jurisdiction, nor a question of law of central importance to the legal system as a whole falling outside the Tribunal's area of expertise within the meaning of *Dunsmuir*.

The precise interpretive question before the Tribunal was whether the words of s. 53(2)(c) and (d), which authorize the Tribunal to "compensate the victim . . . for any expenses incurred by the victim as a result of the discriminatory practice" permit an award of legal costs. An examination of the text, context and purpose of these provisions reveals that the Tribunal's interpretation was not reasonable. Human rights legislation expresses fundamental values and pursues fundamental goals. It must be interpreted liberally and purposively so that the rights enunciated are given their full recognition and effect. However, the intent of Parliament must be respected by reading the words of their provision in their entire context and according to their grammatical and ordinary sense, harmoniously with the scheme and object of the Act. The words "any expenses incurred by the victim" taken on their own and divorced from their context are wide enough to include legal costs. However, when these words are read in their statutory context, they cannot reasonably be interpreted as creating a stand-alone category of compensation capable of supporting any type of disbursement causally connected

sexuel et il lui a accordé la somme de 4 000 \$ pour préjudice moral. M a demandé le remboursement de ses frais de justice. Estimant que les al. 53(2)(c) et (d) de la *LCDP* lui conféraient le pouvoir d'adjudger des dépens, le Tribunal a fait droit à la demande de M en lui accordant 47 000 \$ à ce titre. La Cour fédérale a confirmé que le Tribunal avait le pouvoir d'adjudger des dépens, mais la Cour d'appel fédérale a accueilli le pourvoi formé contre cette décision, statuant que le Tribunal n'avait pas ce pouvoir.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

Un tribunal administratif a droit en principe à la déférence en ce qui concerne l'interprétation de sa loi constitutive et des règles de droit qui s'y rattachent de près. Toutefois, les questions de droit générales qui revêtent une importance capitale pour le système juridique dans son ensemble et qui sont étrangères au domaine d'expertise de l'organisme juridictionnel sont assujetties à la norme de la décision correcte. La norme applicable à la décision du Tribunal d'adjudger des dépens à la plaignante après que celle-ci eut obtenu gain de cause est celle de la décision raisonnable. La question de savoir si le Tribunal peut adjudger des dépens constitue une question de droit qui relève essentiellement du mandat et de l'expertise du Tribunal liés à l'interprétation et à l'application de sa loi constitutive. Elle ne représente ni une question de compétence ni une question de droit d'une importance capitale pour le système juridique dans son ensemble, étrangère au domaine d'expertise du Tribunal au sens de l'arrêt *Dunsmuir*.

La question d'interprétation précise dont était saisi le Tribunal était celle de savoir si les mots employés aux al. 53(2)(c) et (d) pour l'autoriser à « indemniser la victime [. . .] des dépenses entraînées par l'acte [discriminatoire] » confèrent le pouvoir d'adjudger des dépens. L'examen du texte des dispositions, de leur contexte et de leur objet révèle que l'interprétation du Tribunal n'était pas raisonnable. Une loi relative aux droits de la personne exprime des valeurs essentielles et vise la réalisation d'objectifs fondamentaux. Il convient de l'interpréter libéralement et téléologiquement de manière à reconnaître sans réserve les droits qui y sont énoncés et à leur donner pleinement effet. Il faut néanmoins respecter l'intention du législateur qui se dégage des termes employés, compte tenu du contexte global et du sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'esprit de la Loi et son objet. Considérés isolément et indépendamment de leur contexte, les mots « des dépenses entraînées par l'acte » sont suffisamment larges pour englober les dépens. Or, lorsque ces mots sont considérés dans le contexte de la loi, on ne peut pas raisonnablement les

to the discrimination. The Tribunal's interpretation violates the legislative presumption against tautology, makes the repetition of the term "expenses" redundant and fails to explain why the term is linked to the particular types of compensation described in those paragraphs. Moreover, the term "costs" has a well-understood meaning that is distinct from compensation or expenses. If Parliament intended to confer authority to confer costs, it is difficult to understand why it did not use this very familiar and widely used legal term of art to implement that purpose. The legislative history of the *CHRA*, the Commission's understanding of costs authority as well as a review of parallel provincial legislation all support the conclusion that the Tribunal has no authority to award costs. Finally, the Tribunal's interpretation would permit it to make a free-standing award for pain and suffering coupled with an award of legal costs in a potentially unlimited amount. This view is difficult to reconcile with either the monetary limit of an award for pain and suffering or the omission of any express authority to award expenses in s. 53(3).

No reasonable interpretation of the relevant statutory provisions can support the view that the Tribunal may award legal costs to successful complainants. Faced with a difficult point of statutory interpretation and conflicting judicial authority, the Tribunal adopted a dictionary meaning of "expenses" and articulated what it considered to be a beneficial policy outcome rather than engaging in an interpretative process taking account of the text, context and purpose of the provisions in issue. A liberal and purposive interpretation cannot supplant a textual and contextual analysis simply in order to give effect to a policy decision different from the one made by Parliament.

Cases Cited

Applied: *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; **disapproved:** *Canada (Attorney General) v. Thwaites*, [1994] 3 F.C. 38; *Canada (Attorney General) v. Stevenson*, 2003 FCT 341, 229 F.T.R. 297; *Canada (Attorney General) v. Brooks*, 2006 FC 500, 291 F.T.R. 32; **referred to:** *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982; *Canadian National Railway Co. v. Canada (Canadian Human Rights Commission)*, [1987] 1 S.C.R. 1114; *Canada (Citizenship and Immigration)*

interpréter de manière à créer une catégorie distincte d'indemnité susceptible de viser tout type de débours ayant un lien de causalité avec l'acte discriminatoire. L'interprétation retenue par le Tribunal va à l'encontre de la présomption d'absence de tautologie qu'établissent les règles d'interprétation législative, rend superflue la répétition du mot « dépenses » et n'explique pas le rattachement de ce terme à l'indemnité visée à ces alinéas. Qui plus est, le terme « dépens » possède un sens bien défini qui diffère de celui d'indemnité ou de dépenses. Si le législateur a entendu conférer le pouvoir d'adjudger des dépens, on comprend mal pourquoi il n'a pas employé ce terme juridique consacré et largement répandu pour le faire. L'historique de la *LCDP*, l'opinion de la Commission concernant son pouvoir d'adjudger des dépens et l'examen des lois comparables adoptées par les provinces donnent aussi sérieusement à penser que le Tribunal n'est pas habilité à adjudger des dépens. Enfin, l'interprétation que retient le Tribunal l'autorise à indemniser le préjudice moral de manière distincte, d'une part, et à adjudger des dépens dont le montant peut être illimité, d'autre part. Il est difficile de concilier cette interprétation avec la limitation de l'indemnité pour préjudice moral ou le fait que le par. 53(3) ne prévoit pas expressément le pouvoir d'accorder le remboursement des frais.

Nulle interprétation raisonnable des dispositions pertinentes n'appuie la conclusion selon laquelle le Tribunal peut adjudger des dépens au plaignant qui a gain de cause. Aux prises avec une question difficile d'interprétation législative et une jurisprudence contradictoire, le Tribunal a retenu la définition de « dépense » figurant au dictionnaire et il a formulé ce qu'il tenait pour une solution bénéfique sur le plan des principes au lieu d'entreprendre une démarche d'interprétation fondée sur le texte, le contexte et l'objet des dispositions en cause. On ne saurait substituer à l'analyse textuelle et contextuelle une interprétation libérale et téléologique dans le seul but de donner effet à une autre décision de principe que celle prise par le législateur.

Jurisprudence

Arrêt appliqué : *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; **arrêts critiqués :** *Canada (Procureur général) c. Thwaites*, [1994] 3 C.F. 38; *Canada (Procureur général) c. Stevenson*, 2003 CFPI 341 (CanLII); *Canada (Procureur général) c. Brooks*, 2006 CF 500 (CanLII); **arrêts mentionnés :** *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982; *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*,

v. Khosa, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339; *Smith v. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 SCC 7, [2011] 1 S.C.R. 160; *United Taxi Drivers' Fellowship of Southern Alberta v. Calgary (City)*, 2004 SCC 19, [2004] 1 S.C.R. 485; *National Corn Growers Assn. v. Canada (Import Tribunal)*, [1990] 2 S.C.R. 1324; *Dickason v. University of Alberta*, [1992] 2 S.C.R. 1103; *Canada (Attorney General) v. Mossop*, [1993] 1 S.C.R. 554; *University of British Columbia v. Berg*, [1993] 2 S.C.R. 353; *Gould v. Yukon Order of Pioneers*, [1996] 1 S.C.R. 571; *Celgene Corp. v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 1, [2011] 1 S.C.R. 3; *Nolan v. Kerry (Canada) Inc.*, 2009 SCC 39, [2009] 2 S.C.R. 678; *Council of Canadians with Disabilities v. VIA Rail Canada Inc.*, 2007 SCC 15, [2007] 1 S.C.R. 650; *Lévis (City) v. Fraternité des policiers de Lévis Inc.*, 2007 SCC 14, [2007] 1 S.C.R. 591; *Toronto (City) v. C.U.P.E., Local 79*, 2003 SCC 63, [2003] 3 S.C.R. 77; *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.*, [1979] 2 S.C.R. 227; *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; *R. v. Proulx*, 2000 SCC 5, [2000] 1 S.C.R. 61; *Attorney General of Quebec v. Carrières Ste-Thérèse Ltée*, [1985] 1 S.C.R. 831; *Merk v. International Association of Bridge, Structural, Ornamental and Reinforcing Iron Workers, Local 771*, 2005 SCC 70, [2005] 3 S.C.R. 425; *Hills v. Canada (Attorney General)*, [1988] 1 S.C.R. 513; *Hilewitz v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 SCC 57, [2005] 2 S.C.R. 706; *Doré v. Verdun (City)*, [1997] 2 S.C.R. 862; *M. v. H.*, [1999] 2 S.C.R. 3; *Will-Kare Paving & Contracting Ltd. v. Canada*, 2000 SCC 36, [2000] 1 S.C.R. 915; *Harel v. Deputy Minister of Revenue of Quebec*, [1978] 1 S.C.R. 851; *Nowegijick v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 29; *Canada (Attorney General) v. Public Service Alliance of Canada*, [1991] 1 S.C.R. 614; *Morguard Properties Ltd. v. City of Winnipeg*, [1983] 2 S.C.R. 493; *Bell Canada v. Bell Aliant Regional Communications*, 2009 SCC 40, [2009] 2 S.C.R. 764.

Statutes and Regulations Cited

Alberta Human Rights Act, R.S.A. 2000, c. A-25.5, s. 32(2).
An Act to amend the Canadian Human Rights Act and other Acts in consequence thereof, Bill C-108, 3rd Sess., 34th Parl., 1991-92, ss. 21, 24(3).
An Act to extend the present laws in Canada that proscribe discrimination and that protect the privacy of individuals, Bill C-72, 1st Sess., 30th Parl., 1975, s. 37(4).

[1987] 1 R.C.S. 1114; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339; *Smith c. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 CSC 7, [2011] 1 R.C.S. 160; *United Taxi Drivers' Fellowship of Southern Alberta c. Calgary (Ville)*, 2004 CSC 19, [2004] 1 R.C.S. 485; *National Corn Growers Assn. c. Canada (Tribunal des importations)*, [1990] 2 R.C.S. 1324; *Dickason c. Université de l'Alberta*, [1992] 2 R.C.S. 1103; *Canada (Procureur général) c. Mossop*, [1993] 1 R.C.S. 554; *Université de la Colombie-Britannique c. Berg*, [1993] 2 R.C.S. 353; *Gould c. Yukon Order of Pioneers*, [1996] 1 R.C.S. 571; *Celgene Corp. c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 1, [2011] 1 R.C.S. 3; *Nolan c. Kerry (Canada) Inc.*, 2009 CSC 39, [2009] 2 R.C.S. 678; *Conseil des Canadiens avec déficiences c. VIA Rail Canada Inc.*, 2007 CSC 15, [2007] 1 R.C.S. 650; *Lévis (Ville) c. Fraternité des policiers de Lévis Inc.*, 2007 CSC 14, [2007] 1 R.C.S. 591; *Toronto (Ville) c. S.C.F.P., section locale 79*, 2003 CSC 63, [2003] 3 R.C.S. 77; *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227; *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *R. c. Proulx*, 2000 CSC 5, [2000] 1 R.C.S. 61; *Procureur général du Québec c. Carrières Ste-Thérèse Ltée*, [1985] 1 R.C.S. 831; *Merk c. Association internationale des travailleurs en ponts, en fer structural, ornemental et d'armature, section locale 771*, 2005 CSC 70, [2005] 3 R.C.S. 425; *Hills c. Canada (Procureur général)*, [1988] 1 R.C.S. 513; *Hilewitz c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CSC 57, [2005] 2 R.C.S. 706; *Doré c. Verdun (Ville)*, [1997] 2 R.C.S. 862; *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3; *Will-Kare Paving & Contracting Ltd. c. Canada*, 2000 CSC 36, [2000] 1 R.C.S. 915; *Harel c. Sous-ministre du Revenu du Québec*, [1978] 1 R.C.S. 851; *Nowegijick c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 29; *Canada (Procureur général) c. Alliance de la Fonction publique du Canada*, [1991] 1 R.C.S. 614; *Morguard Properties Ltd. c. Ville de Winnipeg*, [1983] 2 R.C.S. 493; *Bell Canada c. Bell Aliant Communications régionales*, 2009 CSC 40, [2009] 2 R.C.S. 764.

Lois et règlements cités

Alberta Human Rights Act, R.S.A. 2000, ch. A-25.5, art. 32(2).
Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., ch. C-12, art. 126.
Code des droits de la personne, L.M. 1987-88, ch. 45, art. 45(2).
Human Rights Act, R.S.P.E.I. 1988, ch. H-12, art. 28.4(6).
Human Rights Act, 2010, S.N.L. 2010, ch. H-13.1, art. 39(2).
Human Rights Code, R.S.B.C. 1996, ch. 210, art. 37(4).

Canadian Human Rights Act, R.S.C. 1985, c. H-6, ss. 7, 14, 51 [repl. 1998, c. 9, s. 27], 53 [idem].
Charter of human rights and freedoms, R.S.Q., c. C-12, s. 126.
Human Rights Act, R.S.P.E.I. 1988, c. H-12, s. 28.4(6).
Human Rights Act, S.N.W.T. 2002, c. 18, s. 63.
Human Rights Act, 2010, S.N.L. 2010, c. H-13.1, s. 39(2).
Human Rights Code, R.S.B.C. 1996, c. 210, s. 37(4).
Human Rights Code, S.M. 1987-88, c. 45, s. 45(2).
Saskatchewan Human Rights Code Regulations, R.R.S., c. S-24.1, Reg. 1, s. 21(1).
Statutory Powers Procedure Act, R.S.O. 1990, c. S.22, s. 17.1(2).

Authors Cited

Canada. Canadian Human Rights Act Review Panel. *Promoting Equality: A New Vision*. Ottawa: Department of Justice, 2000.
 Canada. Human Rights Commission. *Annual Report 1985*. Ottawa: The Commission, 1986.
 Canada. Human Rights Commission. *Special Report to Parliament: Freedom of Expression and Freedom from Hate in the Internet Age*. Ottawa: The Commission, 2009.
 Côté, Pierre-André, avec la collaboration de Stéphane Beaulac et Mathieu Devinat. *Interprétation des lois*, 4^e éd. Montréal: Thémis, 2009.
 Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.
 Garant, Patrice, avec la collaboration de Philippe Garant et Jérôme Garant. *Droit administratif*, 6^e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2010.
 Hawkins, Robert E. "Whither Judicial Review?" (2010), 88 *Can. Bar Rev.* 603.
 Macklin, Audrey. "Standard of Review: The Pragmatic and Functional Test", in *Administrative Law in Context*, Colleen M. Flood and Lorne Sossin, eds. Toronto: Emond Montgomery, 2008, 197.
 Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2008.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (Létourneau, Sexton and Layden-Stevenson J.J.A.), 2009 FCA 309, [2010] 4 F.C.R. 579, 312 D.L.R. (4th) 294, 4 Admin. L.R. (5th) 192, 395 N.R. 52, [2009] F.C.J. No. 1359 (QL), 2009 CarswellNat 3405, setting aside a decision of Mandamin J., 2008 FC 118, 322 F.T.R. 222, 78

Loi canadienne sur les droits de la personne, L.R.C. 1985, ch. H-6, art. 7, 14, 51 [repl. 1998, ch. 9, art. 27], 53 [idem].
Loi modifiant la Loi canadienne sur les droits de la personne et d'autres lois en conséquence, projet de loi C-108, 3^e sess., 34^e lég., 1991-92, art. 21, 24(3).
Loi sur l'exercice des compétences légales, L.R.O. 1990, ch. S.22, art. 17.1(2).
Loi sur les droits de la personne, L.T.N.-O. 2002, ch. 18, art. 63.
Loi visant à compléter la législation canadienne actuelle en matière de discrimination et de protection de la vie privée, projet de loi C-72, 1^{re} sess., 30^e lég., 1975, art. 37(4).
Saskatchewan Human Rights Code Regulations, R.R.S., ch. S-24.1, règl. 1, art. 21(1).

Doctrine citée

Canada. Comité de révision de la Loi canadienne sur les droits de la personne. *La promotion de l'égalité : Une nouvelle vision*. Ottawa : Ministère de la Justice, 2000.
 Canada. Commission des droits de la personne. *Rapport annuel 1985*. Ottawa : La Commission, 1986.
 Canada. Commission des droits de la personne. *Rapport spécial au Parlement : Liberté d'expression et droit à la protection contre la haine à l'ère d'Internet*. Ottawa : La Commission, 2009.
 Côté, Pierre-André, avec la collaboration de Stéphane Beaulac et Mathieu Devinat. *Interprétation des lois*, 4^e éd. Montréal : Thémis, 2009.
 Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto : Butterworths, 1983.
 Garant, Patrice, avec la collaboration de Philippe Garant et Jérôme Garant. *Droit administratif*, 6^e éd. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2010.
 Hawkins, Robert E. « Whither Judicial Review? » (2010), 88 *R. du B. can.* 603.
 Macklin, Audrey. « Standard of Review : The Pragmatic and Functional Test », in *Administrative Law in Context*, Colleen M. Flood and Lorne Sossin, eds. Toronto : Emond Montgomery, 2008, 197.
 Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5th ed. Markham, Ont. : LexisNexis, 2008.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale (les juges Létourneau, Sexton et Layden-Stevenson), 2009 CAF 309, [2010] 4 R.C.F. 579, 312 D.L.R. (4th) 294, 4 Admin. L.R. (5th) 192, 395 N.R. 52, [2009] A.C.F. n° 1359 (QL), 2009 CarswellNat 5063, qui a infirmé une décision du juge Mandamin, 2008 CF 118, 322 F.T.R. 222, 78

Admin. L.R. (4th) 127, [2008] F.C.J. No. 143 (QL), 2008 CarswellNat 200. Appeal dismissed.

Philippe Dufresne and Daniel Poulin, for the appellant the Canadian Human Rights Commission.

Andrew Raven, Andrew Astritis and Bijon Roy, for the appellant Donna Mowat.

Peter Southey and Sean Gaudet, for the respondent.

Reidar M. Mogerman, for the intervener the Canadian Bar Association.

David Baker and Paul Champ, for the intervener the Council of Canadians with Disabilities.

The judgment of the Court was delivered by

LEBEL AND CROMWELL JJ. —

I. Overview

[1] The Canadian Human Rights Tribunal may order a person who has engaged in a discriminatory practice contrary to the *Canadian Human Rights Act*, R.S.C. 1985, c. H-6 (“CHRA” or “Act”), to compensate the victim for any lost wages, for all additional costs of obtaining alternative goods, services, facilities or accommodation, and “for any expenses incurred by the victim as a result of the discriminatory practice” (s. 53(2)). The main question before us is whether the Tribunal made a reviewable error in deciding that this power to order compensation for “any expenses incurred by the victim as a result of the discriminatory practice” permits it to order payment of all or a portion of the victim’s legal costs.

[2] The Tribunal’s decision affirming this authority was reviewed by the Federal Court on the standard of reasonableness and upheld (2008 FC 118, 322 F.T.R. 222). However, the Federal Court of Appeal set aside the decision, holding that the proper standard of review was correctness and that the Tribunal’s decision was incorrect (2009 FCA

Admin. L.R. (4th) 127, [2008] A.C.F. n° 143 (QL), 2008 CarswellNat 200. Pourvoi rejeté.

Philippe Dufresne et Daniel Poulin, pour l’appellante la Commission canadienne des droits de la personne.

Andrew Raven, Andrew Astritis et Bijon Roy, pour l’appelante Donna Mowat.

Peter Southey et Sean Gaudet, pour l’intimé.

Reidar M. Mogerman, pour l’intervenante l’Association du Barreau canadien.

David Baker et Paul Champ, pour l’intervenant le Conseil des Canadiens avec déficiences.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LES JUGES LEBEL ET CROMWELL —

I. Vue d’ensemble

[1] Le Tribunal canadien des droits de la personne peut ordonner à l’auteur d’un acte discriminatoire contraire à la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. 1985, ch. H-6 (« LCDP » ou « Loi ») d’indemniser la victime des pertes de salaire et des frais supplémentaires occasionnés par le recours à d’autres biens, services, installations ou moyens d’hébergement, ainsi que « des dépenses entraînées par l’acte » (par. 53(2)). La principale question à trancher en l’espèce est celle de savoir si, en décidant que ce pouvoir d’ordonner l’indemnisation de la victime « des dépenses entraînées par l’acte [discriminatoire] » lui permettait également d’ordonner le paiement total ou partiel des dépenses de la victime, le Tribunal a commis une erreur susceptible de contrôle judiciaire.

[2] Saisie d’une demande de contrôle judiciaire, la Cour fédérale a appliqué la norme de la décision raisonnable et a confirmé la décision du Tribunal selon laquelle il possédait ce pouvoir (2008 CF 118, 322 F.T.R. 222). La Cour d’appel fédérale a toutefois annulé la décision au motif que la norme de contrôle applicable était celle de la décision

309, [2010] 4 F.C.R. 579). The Court of Appeal also was of the view that even if the Tribunal's decision should be reviewed on the reasonableness standard, its decision was unreasonable.

[3] Ms. Mowat did not participate at the Federal Court of Appeal but now appeals to this Court for reinstatement of the Tribunal's award. The Canadian Human Rights Commission, which was not a party before the Tribunal or Federal Court, and intervened before the Federal Court of Appeal, now joins Ms. Mowat as an appellant. (We will refer to Ms. Mowat as the appellant and to the Canadian Human Rights Commission as the Commission.)

[4] The further appeal to this Court raises a threshold question of the appropriate standard of judicial review of the Tribunal's decision and the main question of whether the Tribunal made a reviewable error in finding that it had the authority to award legal costs. We would hold that the Tribunal's decision should be reviewed on the reasonableness standard but that its interpretation of this aspect of its remedial authority was unreasonable. We would therefore dismiss the appeal.

II. Background

[5] The Canadian Forces compulsorily released the appellant, Ms. Mowat, in 1995, following a 14-year career as a traffic technician. Over the course of her time in the military, the appellant had made many formal complaints and grievances against members of her chain of command and others. Many of these were taken to the Chief of the Defence Staff, the highest level in Canadian Forces grievance resolution, and none was substantiated (2005 CHRT 31, 54 C.H.R.R. D/21 (the "merits decision"), at paras. 20, 81-82, 94, 143, 193, 207-8, 216, 218, 231, 236, 286, 294, 297 and 299). The Canadian Forces conducted an internal investigation into comments made by one of the appellant's co-workers which she alleged were sexually

correcte et que la décision du Tribunal était incorrecte (2009 CAF 309, [2010] 4 R.C.F. 579). Elle a également estimé que même au regard de la norme de la décision raisonnable, la décision du Tribunal était déraisonnable.

[3] M^{me} Mowat n'a pas pris part à l'instance en Cour d'appel fédérale, mais elle demande aujourd'hui à notre Cour de rétablir la décision du Tribunal. La Commission canadienne des droits de la personne, qui n'a pas été partie aux instances devant le Tribunal et la Cour fédérale, mais qui est intervenue en Cour d'appel fédérale, se constitue aujourd'hui partie appelante aux côtés de M^{me} Mowat. (Dans les présents motifs, « appelante » s'entend de M^{me} Mowat, et « Commission », de la Commission canadienne des droits de la personne.)

[4] Le pourvoi formé devant notre Cour soulève la question préliminaire de la norme de contrôle judiciaire qu'il convient d'appliquer à la décision du Tribunal, ainsi que la question principale de savoir si le Tribunal a commis une erreur susceptible de contrôle judiciaire lorsqu'il a conclu qu'il avait le pouvoir d'adjuger des dépens. Nous sommes d'avis que la norme applicable est celle de la décision raisonnable et que le Tribunal a interprété de manière déraisonnable cette facette de son pouvoir d'accorder réparation. Nous sommes par conséquent d'avis de rejeter le pourvoi.

II. Faits à l'origine de l'instance

[5] En 1995, après avoir exercé pendant 14 ans la fonction de technicienne des mouvements, M^{me} Mowat a fait l'objet d'une libération obligatoire des Forces canadiennes. Au cours de sa carrière militaire, l'appelante a présenté un grand nombre de plaintes et de griefs en bonne et due forme, notamment contre des membres de sa chaîne de commandement. Bon nombre de ces plaintes et de ces griefs ont été soumis à l'état-major de la Défense — le palier le plus élevé de règlement des griefs au sein des Forces canadiennes —, mais aucun n'a été jugé fondé (2005 TCDP 31, 54 C.H.R.R. D/21 (la « décision sur le fond »), par. 20, 81-82, 94, 143, 193, 207-208, 216, 218, 231, 236, 286, 294, 297 et 299). Les Forces canadiennes ont ouvert une

harassing. The investigation found that they were (para. 303). The recommendations from several reports on the incidents were implemented by the appellant's Commanding Officer and the employee responsible was disciplined (paras. 83-87).

[6] However, in 1998, three years after leaving the Forces, the appellant filed a complaint with the Canadian Human Rights Commission alleging sexual harassment, adverse differential treatment, and failure to continue to employ her on account of her sex, pursuant to ss. 7 and 14 of the *CHRA*. The matter was ultimately heard before the Canadian Human Rights Tribunal.

III. Proceedings

A. *Canadian Human Rights Tribunal, 2005 CHRT 31, 54 C.H.R.R. D/21*

[7] The hearing before the Tribunal occupied six weeks and the case record comprised more than 4,000 pages of transcript evidence and over 200 exhibits. The presiding Tribunal member, J. Grant Sinclair, was highly critical of the way in which the appellant Mowat conducted the proceedings. He observed that the complaint was "marked by a fundamental lack of precision in identifying the theory of the . . . case" and referred to the allegations as a "conspiracy theory" and a "scatter-shot complaint with the allegations all over the place" (merits decision, at paras. 4, 357 and 408).

[8] However, the presiding Tribunal member concluded that the appellant's complaint was substantiated in part. He found that her claim of sexual harassment, based on three comments made by a male co-worker, was substantiated and that the military's response had not been adequate or in accordance with its own policies (paras. 42, 47, 49 and 312-22). The rest of her complaint was dismissed.

enquête interne au sujet des propos d'un collègue de travail qui, de l'avis de l'appelante, constituaient du harcèlement sexuel à son endroit. Il a été conclu qu'il s'agissait effectivement de harcèlement sexuel (par. 303). Les recommandations formulées dans les quelques rapports établis à la suite des incidents ont été suivies par le commandant de l'appelante, et des mesures disciplinaires ont été prises contre le collègue visé par la plainte (par. 83-87).

[6] Cependant, en 1998, trois ans après son départ des Forces armées, l'appelante a saisi la Commission, sur le fondement des art. 7 et 14 de la *LCDP*, d'une plainte alléguant le harcèlement sexuel, la distinction défavorable en cours d'emploi et le refus de continuer de l'employer en raison de son sexe. L'affaire a finalement été portée devant le Tribunal canadien des droits de la personne.

III. Historique judiciaire

A. *Tribunal canadien des droits de la personne, 2005 TCDP 31, 54 C.H.R.R. D/21*

[7] Le Tribunal a consacré six semaines à l'audition de l'affaire, et son dossier comptait au moins 4 000 pages de transcription de témoignages et plus de 200 pièces. Son président et membre instructeur, J. Grant Sinclair, critique sévèrement la conduite de l'appelante pendant le déroulement de l'instance. Il fait observer que la plainte est « marquée par un manque fondamental de précision de la part de la plaignante quant à sa thèse », ses allégations relevant de la « théorie de la conspiration », et il déplore qu'il s'agisse d'une « plainte diffuse qui comporte des allégations décousues » (décision sur le fond, par. 4, 357 et 408).

[8] Il conclut toutefois que l'appelante a établi en partie le bien-fondé de sa plainte. À son avis, l'allégation de harcèlement sexuel, consécutive aux propos tenus par son collègue de travail à trois reprises, est prouvée, et il ajoute que les Forces armées n'ont pas pris de mesures adéquates ou conformes à leurs politiques (par. 42, 47, 49 et 312-322). Les autres allégations sont rejetées.

[9] The Tribunal awarded \$4,000 (plus interest, taking the award to the maximum of \$5,000, the statutory limit at the time), to compensate the appellant for “suffering in respect of feelings or self-respect” (para. 7). It found that the version of the Act which was in force when Ms. Mowat filed her claim applied to the case, and substantial amendments made in 1998 should not apply retroactively (paras. 399-401). It then asked for further submissions regarding her claim for legal costs, which she indicated totalled more than \$196,000. At issue was whether the Tribunal’s authority to award a complainant “any expenses incurred by the victim as a result of the discriminatory practice” under s. 53(2)(c) and (d) of the *CHRA* includes the authority to award legal costs.

[10] In a separate decision, Member Sinclair reviewed the conflicting Federal Court jurisprudence and policy considerations favouring reimbursement and found that he was empowered to award legal costs (2006 CHRT 49 (CanLII) (the “costs decision”). Without recovery of legal costs, he found, any victory would be “pyrrhic” (para. 29). He then awarded \$47,000 in partial satisfaction of Ms. Mowat’s legal bills, an amount which he based on the volume of evidence for the substantiated sexual harassment allegation in comparison with the rest of the unsubstantiated complaints.

B. *Judicial Review — Federal Court of Canada, 2008 FC 118, 322 F.T.R. 222*

[11] The Attorney General of Canada applied for judicial review of the costs decision; the appellant did not participate. Turning first to the standard of review, Mandamin J. applied the four factors from *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982, and conducted a pragmatic and functional analysis to arrive at a reasonableness *simpliciter* standard. He classified the question as one of law, but noted that the Tribunal was engaged in interpretation of its home statute on a matter at the “core” of its expertise

[9] Le Tribunal accorde à l’appelante la somme de 4 000 \$ qui, majorée de l’intérêt, atteint 5 000 \$, soit le maximum alors prévu par la loi pour le préjudice moral (par. 7). Il conclut à l’application des dispositions de la Loi qui étaient en vigueur au moment où M^{me} Mowat a déposé sa plainte et à la non-rétroactivité des modifications substantielles apportées en 1998 (par. 399-401). Il demande ensuite à l’appelante de lui présenter des observations complémentaires au sujet des dépens réclamés s’élevant au total à plus de 196 000 \$. Il lui fallait décider si le pouvoir du Tribunal d’indemniser la victime « des dépenses entraînées par l’acte [discriminatoire] » conféré aux al. 53(2)c) et d) de la *LCDP* comprenait celui d’adjuger des dépens.

[10] Dans une décision distincte, après examen de la jurisprudence contradictoire de la Cour fédérale et des considérations de principe favorables au paiement des frais de justice, le membre instructeur Sinclair s’estime investi du pouvoir d’adjuger des dépens (2006 TCDP 49 (CanLII) (la « décision relative aux dépens »)). Il conclut que le plaignant qui aurait gain de cause sans pouvoir recouvrer ses dépens remporterait une victoire fort « coûteuse » (par. 29). Il accorde alors à M^{me} Mowat 47 000 \$ pour ses frais juridiques, un montant qu’il établit en fonction du nombre d’éléments de preuve présentés à l’appui de l’allégation de harcèlement sexuel — dont le bien-fondé est reconnu — par rapport au reste de la preuve offerte à l’appui des allégations rejetées.

B. *Contrôle judiciaire — Cour fédérale du Canada, 2008 CF 118 (CanLII)*

[11] Le procureur général du Canada a demandé le contrôle judiciaire de la décision relative aux dépens, mais l’appelante n’a pas pris part à l’instance. Examinant en premier lieu la question de la norme de contrôle, le juge Mandamin applique les quatre facteurs formulés dans l’arrêt *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982, puis il se livre à une analyse pragmatique et fonctionnelle pour retenir la norme de la décision raisonnable *simpliciter*. Il considère qu’une

(para. 24). He also relied upon the “human rights policy approach to statutory interpretation” (para. 41), purportedly arising from this Court’s decision in *Canadian National Railway Co. v. Canada (Canadian Human Rights Commission)*, [1987] 1 S.C.R. 1114, to ground his analysis and explain why a one-sided costs regime is permissible. This approach calls for a broad, purposive interpretation of the *CHRA*, commensurate with its remedial goals and special status. He then concluded that the Tribunal’s decision about its authority to award costs was reasonable (para. 40). However, Mandamin J. found that the presiding Member had not adequately explained the quantification of the \$47,000 award and that this constituted a breach of the principles of procedural fairness. The judicial review judge therefore quashed the decision and sent it back to the Tribunal on this ground. That aspect of the matter has not been appealed and it is not at issue before this Court.

C. *Federal Court of Appeal, 2009 FCA 309, [2010] 4 F.C.R. 579*

[12] The Attorney General of Canada appealed the decision to the Federal Court of Appeal, which unanimously allowed the appeal and held that the Tribunal had no authority to make a costs award. Layden-Stevenson J.A. applied the standard of review principles enunciated by this Court in *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, which had been released after the Federal Court hearing. She applied the correctness standard of review, based primarily on her conclusion that the issue was a question of law both outside the Tribunal’s expertise and of central importance to the legal system (para. 42). The Tribunal’s human rights expertise was not engaged by the issue, which instead required one clear and consistent answer (para. 47).

[13] The Federal Court of Appeal went on to conclude that the Tribunal’s decision to award legal

question de droit est en litige, mais il fait observer que le Tribunal s’est livré à une interprétation de sa loi constitutive sur un sujet qui « touche au cœur même » de son expertise (par. 24). Il invoque également « [l]’approche stratégique en matière de droits de la personne à l’interprétation [des lois] » (par. 41) censée découler de l’arrêt *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [1987] 1 R.C.S. 1114, pour étayer son analyse et justifier l’existence d’un régime partial d’adjudication des dépens. Dès lors s’impose une interprétation à la fois large et téléologique de la *LCDP*, adaptée à ses objectifs réparateurs et à sa nature particulière. Le juge Mandamin conclut ensuite que la décision du Tribunal sur son pouvoir d’adjudger des dépens est raisonnable (par. 40). Il estime toutefois que le membre instructeur n’a pas bien expliqué sa démarche pour arriver au montant de 47 000 \$, ce qui constitue un manquement à l’obligation d’équité procédurale. Il annule donc la décision et renvoie le dossier au Tribunal pour ce motif. Ce volet de l’affaire n’a pas été porté en appel, de sorte qu’il ne fait pas l’objet du présent pourvoi.

C. *Cour d’appel fédérale, 2009 CAF 309, [2010] 4 R.C.F. 579*

[12] Le procureur général du Canada s’est tourné vers la Cour d’appel fédérale, qui a accueilli son appel à l’unanimité, statuant que le Tribunal n’avait pas le pouvoir d’adjudger des dépens. La juge Layden-Stevenson applique les principes relatifs à la norme de contrôle énoncés par notre Cour dans *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, un arrêt rendu après l’audience en Cour fédérale. Elle arrête son choix sur la norme de la décision correcte pour la raison principale que le litige porte sur une question de droit à la fois étrangère au domaine d’expertise du Tribunal et d’une importance capitale pour le système juridique dans son ensemble (par. 42). La question, qui commande une réponse certaine et cohérente, ne fait pas intervenir l’expertise du Tribunal en matière de droits de la personne (par. 47).

[13] La Cour d’appel fédérale conclut ensuite que la décision du Tribunal d’adjudger des dépens est

costs was incorrect. After a comprehensive review of the conflicting Tribunal and Federal Court jurisprudence, Layden-Stevenson J.A. turned to the legislative history of the provision in question. In her view, it evinced a clear Parliamentary intent to eschew a costs regime in favour of an active role for the Commission (paras. 65-67 and 88). She noted that the Commission itself, in a Special Report to Parliament, acknowledged that the *CHRA* did not allow for costs recovery (paras. 68 and 90). Further, “costs” is a legal term of art (para. 76), the power to award which must be derived from statute (para. 78). She also relied on a comparative analysis of comparable human rights statutes across Canada, many of which explicitly mention costs jurisdiction in addition to reimbursement of expenses (paras. 70-74 and 84-87). In conclusion, Layden-Stevenson J.A. found that policy considerations and a liberal and purposive approach to interpretation could not be used to override clear Parliamentary intent (paras. 99-100). She reasoned that the decision to provide the Tribunal with the power to award costs is a policy decision best left to Parliament (para. 101). She noted that even on a reasonableness standard, the Tribunal’s award of legal costs should be set aside (para. 96).

incorrecte. Après un examen approfondi de la jurisprudence contradictoire du Tribunal et de la Cour fédérale sur ce point, la juge Layden-Stevenson se penche sur l’historique de la disposition en cause et conclut qu’il témoigne de l’intention manifeste du législateur d’écarter l’adjudication des dépens et de conférer un rôle plus actif à la Commission (par. 65-67 et 88). La juge fait observer que dans un rapport spécial au Parlement, la Commission reconnaît elle-même que la *LCDP* ne permet pas à une partie de recouvrer ses dépens (par. 68 et 90). Elle ajoute que le mot « dépens » est un terme technique propre au domaine juridique (par. 76) et que le pouvoir d’accorder des dépens doit être conféré par la loi (par. 78). Elle se fonde également sur l’analyse comparative de lois équivalentes sur les droits de la personne applicables dans d’autres ressorts canadiens. Bon nombre de ces lois mentionnent expressément le pouvoir d’adjuger des dépens en plus de celui d’ordonner le remboursement des dépenses (par. 70-74 et 84-87). En conclusion, la juge Layden-Stevenson estime qu’aucune considération de politique générale, non plus que l’usage d’une méthode d’interprétation libérale et téléologique, ne justifierait la neutralisation de l’intention manifeste du législateur (par. 99-100). Elle explique qu’il vaut mieux laisser au législateur le soin de décider de conférer ou non au Tribunal le pouvoir d’adjuger des dépens (par. 101). Elle fait observer que même au regard de la norme de la décision raisonnable, il y a lieu d’annuler la décision du Tribunal relative à l’adjudication des dépens (par. 96).

IV. Analysis

A. *The Issues*

[14] As noted, this appeal raises two issues:

1. What is the appropriate standard of review of the decision of the Tribunal as to the interpretation of its power to award legal costs under s. 53(2)(c) and (d) of the Act?
2. Did the Tribunal make a reviewable error in deciding that it could award compensation for legal costs?

IV. Analyse

A. *Questions en litige*

[14] Comme nous le signalons précédemment, le présent pourvoi soulève deux questions :

1. Quelle norme de contrôle judiciaire s’applique à la décision du Tribunal concernant son pouvoir d’adjuger des dépens sur le fondement des al. 53(2)c) et d) de la Loi?
2. Le Tribunal a-t-il commis une erreur susceptible de contrôle judiciaire lorsqu’il a conclu qu’il pouvait accorder une indemnité pour les dépens?

B. *The Dunsmuir Analysis*

[15] In *Dunsmuir and Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339, the Court simplified an analytical approach that the judiciary found difficult to implement. Being of the view that the distinction between the standards of patent unreasonableness and reasonableness *simpliciter* was illusory, the majority in *Dunsmuir* eliminated the standard of patent unreasonableness. The majority thus concluded that there should be two standards of review: correctness and reasonableness.

[16] *Dunsmuir* kept in place an analytical approach to determine the appropriate standard of review, the standard of review analysis. The two-step process in the standard of review analysis is first to “ascertain whether the jurisprudence has already determined in a satisfactory manner the degree of deference to be accorded with regard to a particular category of question. Second, where the first inquiry proves unfruitful, courts must proceed to an analysis of the factors making it possible to identify the proper standard of review” (para. 62). The focus of the analysis remains on the nature of the issue that was before the tribunal under review (*Khosa*, at para. 4, *per* Binnie J.). The factors that a reviewing court has to consider in order to determine whether an administrative decision maker is entitled to deference are: the existence of a privative clause; a discrete and special administrative regime in which the decision maker has special expertise; and the nature of the question of law (*Dunsmuir*, at para. 55). *Dunsmuir* recognized that deference is generally appropriate where a tribunal is interpreting its own home statute or statutes that are closely connected to its function and with which the tribunal has particular familiarity. Deference may also be warranted where a tribunal has developed particular expertise in the application of a general common law or civil law rule in relation to a specific statutory context (*Dunsmuir*, at para. 54; *Khosa*, at para. 25).

B. *Analyse au regard de l'arrêt Dunsmuir*

[15] Dans les arrêts *Dunsmuir* et *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339, la Cour simplifie une démarche analytique jugée ardue par les tribunaux. Estimant que la distinction entre la norme de la décision manifestement déraisonnable et celle de la décision raisonnable *simpliciter* est illusoire, les juges majoritaires suppriment la norme de la décision manifestement déraisonnable et concluent qu'il ne doit y avoir désormais que deux normes de contrôle : celles de la décision correcte et de la décision raisonnable.

[16] Dans *Dunsmuir*, la Cour consacre la démarche en deux étapes qui permet d'arrêter la norme de contrôle applicable : l'analyse relative à la norme de contrôle. Premièrement, la cour saisie « vérifie si la jurisprudence établit déjà de manière satisfaisante le degré de déférence correspondant à une catégorie de questions en particulier. En second lieu, lorsque cette démarche se révèle infructueuse, elle entreprend l'analyse des éléments qui permettent d'arrêter la bonne norme de contrôle » (par. 62). L'analyse doit demeurer axée sur la nature de la question soumise au tribunal administratif en cause (*Khosa*, par. 4, le juge Binnie). Les facteurs dont il doit être tenu compte pour déterminer si, dans un cas donné, la déférence s'impose à l'endroit du tribunal administratif sont les suivants : l'existence d'une disposition d'inattaquabilité (ou « *clause privative* » dans le vocabulaire juridique traditionnel), l'existence d'un régime administratif distinct et particulier dans le cadre duquel le décideur possède une expertise spéciale et la nature de la question de droit (*Dunsmuir*, par. 55). La Cour reconnaît que la déférence est généralement de mise lorsque le tribunal administratif interprète sa propre loi constitutive ou une loi étroitement liée à son mandat et dont il a une connaissance approfondie. La déférence peut également s'imposer lorsque le tribunal administratif a acquis une expertise dans l'application d'une règle générale de common law ou de droit civil dans son domaine spécialisé (*Dunsmuir*, par. 54; *Khosa*, par. 25).

[17] *Dunsmuir* nuanced the earlier jurisprudence in respect of privative clauses by recognizing that privative clauses, which had for a long time served to immunize administrative decisions from judicial review, may point to a standard of deference. But, their presence or absence is no longer determinative about whether deference is owed to the tribunal or not (*Dunsmuir*, at para. 52). In *Khosa*, the majority of this Court confirmed that with or without a privative clause, administrative decision makers are entitled to a measure of deference in matters that relate to their special role, function and expertise (paras. 25-26).

[18] *Dunsmuir* recognized that the standard of correctness will continue to apply to constitutional questions, questions of law that are of central importance to the legal system as a whole and that are outside the adjudicator's expertise, as well as to "[q]uestions regarding the jurisdictional lines between two or more competing specialized tribunals" (paras. 58, 60-61; see also *Smith v. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 SCC 7, [2011] 1 S.C.R. 160, at para. 26, *per* Fish J.). The standard of correctness will also apply to true questions of jurisdiction or *vires*. In this respect, *Dunsmuir* expressly distanced itself from the extended definition of jurisdiction and restricted jurisdictional questions to those that require a tribunal to "explicitly determine whether its statutory grant of power gives it the authority to decide a particular matter" (para. 59; see also *United Taxi Drivers' Fellowship of Southern Alberta v. Calgary (City)*, 2004 SCC 19, [2004] 1 S.C.R. 485, at para. 5).

[19] Having outlined the principles governing the judicial review analysis, we must now focus on how it should be applied to the decision of the Tribunal. As recommended by *Dunsmuir*, we must first consider how the existing jurisprudence has dealt with the decisions of the Tribunal and

[17] Dans l'arrêt *Dunsmuir*, notre Cour nuance la jurisprudence antérieure sur les dispositions d'inattaquabilité en reconnaissant que celles-ci, qui ont longtemps permis de soustraire les décisions administratives au contrôle judiciaire, peuvent donner lieu à l'application d'une norme déferente. Mais leur présence ou leur absence ne sont plus déterminantes quant à savoir si la déférence s'impose ou non à l'endroit du tribunal administratif (*Dunsmuir*, par. 52). Dans l'arrêt *Khosa*, les juges majoritaires de notre Cour confirment qu'indépendamment de l'existence d'une disposition d'inattaquabilité, une certaine déférence s'impose à l'égard du tribunal administratif dans une affaire ayant trait au rôle, à la fonction et à l'expertise propres à ce décideur (par. 25-26).

[18] L'arrêt *Dunsmuir* reconnaît que la norme de la décision correcte continue de s'appliquer aux questions constitutionnelles, aux questions de droit qui revêtent une importance capitale pour le système juridique dans son ensemble et qui sont étrangères au domaine d'expertise du décideur, ainsi qu'aux questions portant sur la « délimitation des compétences respectives de tribunaux spécialisés concurrents » (par. 58, 60-61; voir également l'arrêt *Smith c. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 CSC 7, [2011] 1 R.C.S. 160, par. 26, le juge Fish). La norme de la décision correcte vaut aussi pour les questions touchant véritablement à la compétence. À cet égard, la Cour se distancie expressément des définitions larges de la compétence de façon qu'une question se rapportant à celle-ci se pose uniquement lorsque le tribunal administratif « doit déterminer expressément si les pouvoirs dont le législateur l'a investi l'autorisent à trancher une question » (par. 59; voir également l'arrêt *United Taxi Drivers' Fellowship of Southern Alberta c. Calgary (Ville)*, 2004 CSC 19, [2004] 1 R.C.S. 485, par. 5).

[19] Après l'énoncé des principes applicables à l'analyse que commande le contrôle judiciaire, notre examen doit maintenant porter sur la façon dont ces principes doivent être appliqués à la décision du Tribunal. Ainsi que le recommande la Cour dans l'arrêt *Dunsmuir*, il faut d'abord s'intéresser à

of similar bodies tasked with addressing human rights complaints. Over the years, a substantial body of case law about the standards of review of these decisions has developed. Generally speaking, the reviewing courts have shown deference to the findings of fact of human rights tribunals (P. Garant, *Droit administratif* (6th ed. 2010), at p. 553). At the same time, they have granted little deference to their interpretations of laws, even of their own enabling statutes. It is well known that courts have traditionally extended deference to administrative bodies responsible for managing complex administrative schemes in domains like labour relations, telecommunications, the regulation of financial markets and international economic relations (*National Corn Growers Assn. v. Canada (Import Tribunal)*, [1990] 2 S.C.R. 1324, at pp. 1339 and 1341, *per* Wilson J., and pp. 1369-70, *per* Gonthier J.). On the other hand, reviewing courts have not shown deference to human rights tribunals in respect of their decisions on legal questions. In the courts' view, the tribunals' level of comparative expertise remained weak and the regimes that they administered were not particularly complex (see A. Macklin, "Standard of Review: The Pragmatic and Functional Test", in C. M. Flood and L. Sossin, eds., *Administrative Law in Context* (2008), 197, at p. 216).

[20] Several examples can be found in the jurisprudence of the Court. In *Dickason v. University of Alberta*, [1992] 2 S.C.R. 1103, this Court held that absent a privative clause and specialized skill, a human rights commission or tribunal must interpret legislation correctly (pp. 1125-26). In subsequent decisions of this Court, the questions of whether the definition of "family status" as a prohibited ground of discrimination in the federal Act included same-sex couples (*Canada (Attorney General) v. Mossop*, [1993] 1 S.C.R. 554), or what constituted a "service customarily available to the public" or "public service" under the provincial

la jurisprudence relative aux décisions du Tribunal et à celles d'organismes apparentés auxquels il incombe de statuer sur des plaintes en matière de droits de la personne. Au fil des ans, une abondante jurisprudence s'est constituée sur la question des normes de contrôle applicables à ces décisions. En règle générale, les juridictions de révision défèrent aux conclusions de fait des tribunaux des droits de la personne (P. Garant, *Droit administratif* (6^e éd. 2010), p. 553). Par contre, elles font preuve de peu de déférence envers ces mêmes tribunaux lorsqu'ils interprètent la loi, y compris leur propre loi habilitante. Il est bien connu que les cours de justice font traditionnellement preuve de respect vis-à-vis des organismes administratifs chargés de l'application de régimes administratifs complexes dans certains domaines comme les relations de travail, les télécommunications, la réglementation des marchés financiers et les relations économiques internationales (*National Corn Growers Assn. c. Canada (Tribunal des importations)*, [1990] 2 R.C.S. 1324, p. 1339 et 1341, la juge Wilson, et p. 1369-1370, le juge Gonthier). En revanche, les juridictions de révision ne se montrent pas déférentes envers les tribunaux des droits de la personne appelés à trancher des questions de droit. À leur avis, l'expertise relative de ces tribunaux administratifs demeure minime, et les régimes qu'ils administrent ne sont pas particulièrement complexes (voir A. Macklin, « Standard of Review: The Pragmatic and Functional Test », dans C. M. Flood et L. Sossin, dir., *Administrative Law in Context* (2008), 197, p. 216).

[20] La jurisprudence de la Cour recèle plusieurs exemples. Dans l'arrêt *Dickason c. Université de l'Alberta*, [1992] 2 R.C.S. 1103, la Cour statue qu'en l'absence d'une disposition d'inattaquabilité, la commission ou le tribunal des droits de la personne qui n'a pas de connaissances spécialisées doit interpréter la loi correctement (p. 1125-1126). Dans des décisions subséquentes, elle juge que la question de savoir si le terme « situation de famille » — un motif de distinction illicite prévu par la loi fédérale — englobe le couple homosexuel (*Canada (Procureur général) c. Mossop*, [1993] 1 R.C.S. 554), et celle de savoir ce

human rights legislation (*University of British Columbia v. Berg*, [1993] 2 S.C.R. 353; *Gould v. Yukon Order of Pioneers*, [1996] 1 S.C.R. 571) were held to be questions of law in which human rights adjudicators had no particular expertise *vis-à-vis* the courts and which had to be reviewed under a standard of correctness.

[21] But given the recent developments in the law of judicial review since *Dunsmuir* and its emphasis on the deference owed to administrative tribunals, even in respect of many questions of law, we must discuss whether all decisions on questions of law rendered by the Tribunal and similar bodies should be swept under the standard of correctness. At this point, we must acknowledge a degree of tension between some policies underpinning the present system of judicial review, when it applies to the decisions of human rights tribunals.

[22] The nature of these tribunals lies at the root of these problems. On the one hand, *Dunsmuir* and *Khosa*, building upon previous jurisprudence, recognize that administrative tribunals are generally entitled to deference, in respect of the legal interpretation of their home statutes and laws or legal rules closely connected to them. On the other hand, our Court has reaffirmed that general questions of law that are both of central importance to the legal system as a whole and outside the adjudicator's specialized area of expertise, must still be reviewed on a standard of correctness, in order to safeguard a basic consistency in the fundamental legal order of our country. The nature of the "home statute" administered by a human rights tribunal makes the task of resolving this tension a particularly delicate one. A key part of any human rights legislation in Canada consists of principles and rules designed to combat discrimination. But, these statutes also include a large number of provisions, addressing issues like questions of proof and procedure or the

qu'il faut entendre par les expressions « services habituellement offerts au public » ou « services publics » employées dans les lois provinciales sur les droits de la personne (*Université de la Colombie-Britannique c. Berg*, [1993] 2 R.C.S. 353; *Gould c. Yukon Order of Pioneers*, [1996] 1 R.C.S. 571) constituent des questions de droit à l'égard desquelles tribunaux et organismes des droits de la personne ne possèdent pas d'expertise particulière par rapport aux cours de justice et qu'elles emportent l'application de la norme de la décision correcte.

[21] Mais en raison de l'évolution récente du droit en matière de contrôle judiciaire depuis l'arrêt *Dunsmuir*, et de l'accent mis sur la déférence qui s'impose à l'endroit d'un tribunal administratif, même en ce qui concerne bon nombre de questions de droit, il nous faut déterminer si toute décision du Tribunal ou d'un organisme apparenté sur une question de droit est assujettie à la norme de la décision correcte. Nous devons ici reconnaître l'existence d'une tension entre certains des principes qui sous-tendent l'actuel régime de contrôle judiciaire lorsqu'il s'applique aux décisions d'un tribunal des droits de la personne.

[22] Cette difficulté s'explique par la nature d'un tel tribunal. D'une part, faisant fond sur la jurisprudence antérieure, les arrêts *Dunsmuir* et *Khosa* reconnaissent qu'un tribunal administratif a droit en principe à la déférence d'une cour de justice en ce qui concerne l'interprétation de sa loi constitutive et des règles de droit qui s'y rattachent de près. D'autre part, la Cour réaffirme que les questions de droit générales qui revêtent une importance capitale pour le système juridique dans son ensemble et qui sont étrangères au domaine d'expertise de l'organisme juridictionnel demeurent assujetties à la norme de la décision correcte, et ce, dans un souci de cohérence de l'ordre juridique fondamental du pays. La nature de la « loi constitutive » qu'administre un tribunal des droits de la personne rend très délicat le maintien de l'équilibre entre ces deux énoncés contradictoires. Au Canada, un volet essentiel de toute loi sur les droits de la personne énonce les principes et les règles visant à contrer la discrimination. Or, cette loi

remedial authority of human rights tribunals or commissions.

[23] 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. Proper distinctions ought to be drawn, especially in respect of the issue that remains before our Court.

[24] In this case, there is no doubt that the Tribunal has the power to award compensation for "any expenses incurred by the victim as a result of the discriminatory practice" pursuant to s. 53(2)(c) and (d) of the Act. The issue is whether the Tribunal could order the payment of costs as a form of compensation. Although *Dunsmuir* maintained the category of jurisdictional questions, it took the view that this category should be interpreted narrowly. Indeed, our Court has held since *Dunsmuir* that issues which in other days might have been considered by some to be jurisdictional, should now be dealt with under the standard of review analysis in order to determine whether a standard of correctness or of reasonableness should apply (see, e.g., *Celgene Corp. v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 1, [2011] 1 S.C.R. 3, at paras. 33-34; *Nolan v. Kerry (Canada) Inc.*, 2009 SCC 39, [2009] 2 S.C.R. 678, at paras. 28-34). In substance, if the issue relates to the interpretation and application of its own statute, is within its expertise and does not raise issues of general legal importance, the standard of reasonableness will generally apply and the Tribunal will be entitled to deference.

renferme aussi un grand nombre de dispositions qui ont trait, par exemple, à la preuve et à la procédure ou au pouvoir de réparation du tribunal ou de la commission des droits de la personne.

[23] 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. Il convient d'établir les distinctions qui s'imposent, surtout en ce qui concerne le litige qu'il nous faut aujourd'hui trancher.

[24] Dans le cas qui nous occupe, le Tribunal possède sans aucun doute le pouvoir d'indemniser la victime « des dépenses entraînées par l'acte [discriminatoire] » suivant les al. 53(2)c) et d) de la Loi. Il faut alors se demander s'il pouvait adjuger des dépens à titre d'indemnité. Même si, dans *Dunsmuir*, elle ne supprime pas la catégorie des questions de compétence, la Cour juge que celles-ci appellent une interprétation stricte. Ainsi, depuis cet arrêt, des questions que certains auraient pu auparavant considérer comme des questions de compétence doivent désormais faire l'objet de l'analyse relative à la norme de contrôle afin que l'on détermine si elles sont assujetties à la norme de la décision correcte ou à celle de la décision raisonnable (voir, p. ex., *Celgene Corp. c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 1, [2011] 1 R.C.S. 3, par. 33-34; *Nolan c. Kerry (Canada) Inc.*, 2009 CSC 39, [2009] 2 R.C.S. 678, par. 28-34). En somme, lorsqu'il s'agit d'interpréter et d'appliquer sa propre loi, dans son domaine d'expertise et sans que soit soulevée une question de droit générale, la norme de la décision raisonnable s'applique habituellement, et le Tribunal a droit à la déférence.

[25] The question of costs is one of law located within the core function and expertise of the Tribunal relating to the interpretation and the application of its enabling statute (*Dunsmuir*, at para. 54). Although the respondent submitted that a human rights tribunal has no particular expertise in costs, care should be taken not to return to the formalism of the earlier decisions that attributed “a jurisdiction-limiting label, such as ‘statutory interpretation’ or ‘human rights’, to what is in reality a function assigned and properly exercised under the enabling legislation” by a tribunal (*Council of Canadians with Disabilities v. VIA Rail Canada Inc.*, 2007 SCC 15, [2007] 1 S.C.R. 650, at para. 96, *per* Abella J.). The inquiry of what costs were incurred by the complainant as a result of a discriminatory practice is inextricably intertwined with the Tribunal’s mandate and expertise to make factual findings relating to discrimination (see *Lévis (City) v. Fraternité des policiers de Lévis Inc.*, 2007 SCC 14, [2007] 1 S.C.R. 591, at para. 112, *per* Abella J., *Toronto (City) v. C.U.P.E., Local 79*, 2003 SCC 63, [2003] 3 S.C.R. 77, at para. 76, *per* LeBel J.). As an administrative body that makes such factual findings on a routine basis, the Tribunal is well positioned to consider questions relating to appropriate compensation under s. 53(2). In addition, a decision as to whether a particular tribunal will grant a particular type of compensation — in this case, legal costs — can hardly be said to be a question of central importance for the Canadian legal system and outside the specialized expertise of the adjudicator. Compensation is frequently awarded in various circumstances and under many schemes. It cannot be said that a decision on whether to grant legal costs as an element of that compensation and about their amount would subvert the legal system, even if a reviewing court found it to be in error.

[26] Subjecting costs to a correctness review would represent a departure from *Dunsmuir*, and

[25] La question des dépens constitue une question de droit qui relève essentiellement du mandat et de l’expertise du Tribunal liés à l’interprétation et à l’application de sa loi constitutive (*Dunsmuir*, par. 54). L’intimé prétend qu’un tribunal des droits de la personne ne possède pas d’expertise particulière en la matière. Toutefois, il faut se garder de retomber dans le formalisme antérieur qui accolait une « étiquette limitative de compétence, comme celle d’“interprétation législative” ou de “droits de la personne”, à ce qui est en réalité une fonction confiée [à un tribunal administratif] et exercée correctement [par lui] en vertu de la loi habilitante » (*Conseil des Canadiens avec déficiences c. VIA Rail Canada Inc.*, 2007 CSC 15, [2007] 1 R.C.S. 650, par. 96, la juge Abella). La détermination des dépenses engagées par la plaignante à cause de l’acte discriminatoire dont elle a été victime demeure inextricablement liée au mandat du Tribunal et à sa compétence spécialisée qui lui permettent de tirer des conclusions de fait au chapitre de la discrimination (voir *Lévis (Ville) c. Fraternité des policiers de Lévis Inc.*, 2007 CSC 14, [2007] 1 R.C.S. 591, par. 112, la juge Abella; *Toronto (Ville) c. S.C.F.P., section locale 79*, 2003 CSC 63, [2003] 3 R.C.S. 77, par. 76, le juge LeBel). En tant qu’organisme administratif couramment appelé à tirer de telles conclusions de fait, le Tribunal se trouve bien placé pour examiner des questions se rapportant à l’indemnité dont il convient d’ordonner le versement en application du par. 53(2). De plus, on ne saurait affirmer que la décision d’un tribunal d’accorder ou non un type particulier d’indemnité, en l’occurrence des dépens, revêt une importance capitale pour le système juridique canadien dans son ensemble ni qu’elle est étrangère au domaine d’expertise du décideur. L’indemnisation intervient souvent dans des circonstances variées et en application de régimes multiples. On ne saurait dire non plus de la décision d’accorder ou non des dépens dans le cadre de cette indemnisation, ni de la détermination de leur montant, qu’elles mettraient en péril le système juridique, et ce, même si une juridiction de révision concluait que la décision est erronée.

[26] Assujettir l’octroi de dépens à la norme de la décision correcte irait à l’encontre de *Dunsmuir* et de

from this Court's recent decision in *Smith*. We note, though, that in that case there was a complex and substantial factual background. The issue was whether a tribunal with a mandate to arbitrate disputes relating to mandatory land expropriation and to award "legal, appraisal and other costs" could award costs of related proceedings which, in its view, had been necessary to secure compensation for the expropriation. Fish J., writing for the majority of this Court, concluded that the award of costs was reviewable on the standard of reasonableness since the tribunal was interpreting a provision of its home statute, and "[a]wards for costs are invariably fact-sensitive and generally discretionary" (para. 30). In his view, the tribunal's sole responsibility for determining the nature and the amount of costs was also grounded in the statutory language, and furthermore, involved an inquiry where the legal issues could not be easily separated from the factual issues (paras. 30-32). As the tribunal in *Smith*, the federal Tribunal in this case was interpreting a provision in its home statute that necessitated a fact-intensive inquiry and afforded the Tribunal a certain margin of discretion.

[27] In summary, the issue of whether legal costs may be included in the Tribunal's compensation order is neither a question of jurisdiction, nor a question of law of central importance to the legal system as a whole and outside the Tribunal's area of expertise within the meaning of *Dunsmuir*. As such, the Tribunal's decision to award legal costs to the successful complainant is reviewable on the standard of reasonableness.

C. Reasonableness of the Decision

[28] In *Dunsmuir*, the majority of this Court described reasonableness as

notre récent arrêt *Smith*. Il convient de faire observer que le contexte factuel de cette dernière affaire était à la fois complexe et considérable. La Cour devait en effet décider si le tribunal administratif investi du pouvoir de trancher tout litige consécutif à l'expropriation forcée d'un terrain et d'indemniser l'exproprié de « tous les frais, notamment de procédure et d'évaluation » entraînés par l'exercice du recours, pouvait accorder les frais et dépens afférents aux instances connexes qui, à son avis, avaient été nécessaires à l'obtention de l'indemnité d'expropriation. Au nom des juges majoritaires de la Cour, le juge Fish conclut que la décision relative aux frais et dépens est assujettie à la norme de la décision raisonnable étant donné que le tribunal interprète une disposition de sa loi constitutive portant sur l'adjudication des dépens et que « [l]es décisions à cet égard sont invariablement tributaires des faits et ont en règle générale un caractère discrétionnaire » (par. 30). À son avis, le texte de la loi traduit la volonté du législateur de confier à ce seul tribunal le soin de déterminer la nature et le montant des frais qu'il convient d'accorder, un processus qui soulève par ailleurs des questions qui ne se prêtent pas aisément à la dissociation du droit et des faits (par. 30-32). Tout comme ce décideur administratif, le tribunal fédéral en cause dans la présente affaire a interprété une disposition de sa loi constitutive qui requérait un examen approfondi des faits et qui lui laissait une certaine marge d'appréciation.

[27] En résumé, la question de savoir si le Tribunal peut adjuger des dépens dans le cadre de l'indemnisation qu'il ordonne ne représente ni une question de compétence ni une question de droit d'une importance capitale pour le système juridique dans son ensemble, étrangère au domaine d'expertise du Tribunal au sens de l'arrêt *Dunsmuir*. La décision du Tribunal d'adjuger des dépens à la plaignante, après que celle-ci eut obtenu gain de cause, est par conséquent susceptible de contrôle judiciaire au regard de la norme de la décision raisonnable.

C. Caractère raisonnable de la décision

[28] Dans l'arrêt *Dunsmuir*, les juges majoritaires définissent comme suit la norme du caractère raisonnable :

a deferential standard animated by the principle that underlies the development of the two previous standards of reasonableness: certain questions that come before administrative tribunals do not lend themselves to one specific, particular result. Instead, they may give rise to a number of possible, reasonable conclusions. Tribunals have a margin of appreciation within the range of acceptable and rational solutions. A court conducting a review for reasonableness inquires into the qualities that make a decision reasonable, referring both to the process of articulating the reasons and to outcomes. In judicial review, reasonableness is concerned mostly with the existence of justification, transparency and intelligibility within the decision-making process. But it is also concerned with whether the decision falls within a range of possible, acceptable outcomes which are defensible in respect of the facts and law. [para. 47]

[29] Reasonableness is therefore a deferential standard that shows respect for an administrative decision maker's experience and expertise. The concept of deference is fundamental in the context of judicial review, as this Court held in the seminal case of *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.*, [1979] 2 S.C.R. 227. Deference to an administrative tribunal reflects recognition of interpretive choices. Such a recognition makes it possible to ask whether the tribunal or the court is better placed to make the choice (Macklin, at p. 205).

[30] The concept of deference is also what distinguishes judicial review from appellate review. Although both judicial and appellate review take into account the principle of deference, care should be taken not to conflate the two. In the context of judicial review, deference can shield administrative decision makers from excessive judicial intervention even on certain questions of law as long as these questions are located within the decision makers' core function and expertise. In those cases, deference would therefore extend to protect a range of reasonable outcomes when the decision maker is interpreting its home statute (see R. E. Hawkins, "Whither Judicial Review?" (2010), 88 *Can. Bar Rev.* 603).

La norme déferente du caractère raisonnable procède du principe à l'origine des deux normes antérieures de raisonabilité: certaines questions soumises aux tribunaux administratifs n'appellent pas une seule solution précise, mais peuvent plutôt donner lieu à un certain nombre de conclusions raisonnables. Il est loisible au tribunal administratif d'opter pour l'une ou l'autre des différentes solutions rationnelles acceptables. La cour de révision se demande dès lors si la décision et sa justification possèdent les attributs de la raisonabilité. Le caractère raisonnable tient principalement à la justification de la décision, à la transparence et à l'intelligibilité du processus décisionnel, ainsi qu'à l'appartenance de la décision aux issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit. [par. 47]

[29] La norme du caractère raisonnable constitue donc une norme déferente qui se veut respectueuse de l'expérience et de l'expertise du décideur administratif. La notion de déférence joue un rôle fondamental en matière de contrôle judiciaire, comme le conclut la Cour dans l'arrêt charnière *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227. La déférence envers un tribunal administratif tient compte de la possibilité de plusieurs interprétations concurrentes. Cette prise en compte permet de se demander qui du tribunal administratif ou de la cour de justice est le mieux placé pour faire ce choix (Macklin, p. 205).

[30] La notion de déférence permet également de distinguer le contrôle judiciaire de l'appel. Bien que les deux tiennent compte du principe de déférence, il faut se garder de les confondre. Dans le cas du contrôle judiciaire, la déférence peut protéger le décideur administratif d'une immixtion judiciaire trop poussée, même à l'égard de certaines questions de droit dès lors que celles-ci touchent au cœur même du mandat et du domaine d'expertise du décideur. En pareil cas, la déférence a pour effet de protéger toute une gamme d'interprétations raisonnables possibles de sa loi constitutive par le tribunal (voir R. E. Hawkins, « Whither Judicial Review? » (2010), 88 *R. du B. can.* 603).

[31] By contrast, under the principles of appellate review set down in *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235, an appellate court owes no deference to a decision maker below on questions of law which are automatically reviewable on the standard of correctness. In *Khosa*, a majority of the Court confirmed that these principles of appellate review should not be imported into the judicial review context.

D. *Application — Reasonableness of Tribunal's Interpretation*

[32] The Tribunal held that any authority to award legal costs must come from either s. 53(2)(c) or (d) of the Act (costs decision, at para. 11). The appellant and the Commission have not raised any other provisions capable of supporting the result sought and conceded during oral argument that they were relying on both provisions together. The precise interpretative question before the Tribunal, therefore, was whether the words of s. 53(2)(c) and (d), which authorize the Tribunal to “compensate the victim . . . for any expenses incurred by the victim as a result of the discriminatory practice”, permit an award of legal costs. The Tribunal decided they did. However, in our view, this interpretation of these provisions is not reasonable, as a careful examination of the text, context and purpose of the provisions reveal.

[33] The question is one of statutory interpretation and the object is to seek the intent of Parliament by reading the words of the provision in their entire context and according to their grammatical and ordinary sense, harmoniously with the scheme and object of the Act and the intention of Parliament (E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), at p. 87, quoted in *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, at para. 21). In approaching this task in relation to human rights legislation, one must be mindful that it expresses fundamental values and pursues fundamental goals. It must therefore be interpreted liberally and purposively so that the rights enunciated are given their full recognition and effect: see, e.g.,

[31] En revanche, suivant les principes régissant l'appel qu'a posés l'arrêt *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235, la juridiction d'appel n'est tenue à aucune déférence envers la juridiction inférieure sur une question de droit qui rend la décision automatiquement susceptible de contrôle selon la norme de la décision correcte. Dans l'arrêt *Khosa*, la Cour confirme à la majorité qu'on ne doit pas appliquer au contrôle judiciaire ces principes propres à l'appel.

D. *Application — Caractère raisonnable de l'interprétation du Tribunal*

[32] Le Tribunal a estimé que tout pouvoir d'adjuger des dépens devait se fonder sur l'al. 53(2)(c) ou (d) de la Loi (décision relative aux dépens, par. 11). L'appelante et la Commission n'ont pas invoqué d'autres dispositions susceptibles de justifier le résultat recherché, et elles ont reconnu en plaidoirie se fonder à la fois sur l'une et l'autre dispositions. La question d'interprétation précise dont était saisi le Tribunal était donc celle de savoir si les mots employés aux al. 53(2)(c) et (d) pour l'autoriser à « indemniser la victime [. . .] des dépenses entraînées par l'acte [discriminatoire] » confèrent le pouvoir d'adjuger des dépens. Le Tribunal a décidé que tel était le cas. Or, nous croyons que son interprétation n'est pas raisonnable, ce que révèle l'examen attentif du texte des dispositions, de leur contexte et de leur objet.

[33] Il nous faut interpréter le texte législatif et discerner l'intention du législateur à partir des termes employés, compte tenu du contexte global et du sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'esprit de la Loi, son objet et l'intention du législateur (E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2^e éd. 1983), p. 87, cité dans l'arrêt *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, par. 21). Dans le cas d'une loi relative aux droits de la personne, il faut se rappeler qu'elle exprime des valeurs essentielles et vise la réalisation d'objectifs fondamentaux. Il convient donc de l'interpréter libéralement et téléologiquement de manière à reconnaître sans réserve les droits qui y sont énoncés et à leur donner pleinement effet (voir,

R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (5th ed. 2008), at pp. 497-500. However, what is required is nonetheless an interpretation of the text of the statute which respects the words chosen by Parliament.

[34] The Tribunal based its conclusion that it had the authority to award legal costs on two points. First, following three decisions of the Federal Court, the Tribunal reasoned that the term “expenses incurred” in s. 53(2)(c) and (d) is wide enough to include legal costs: *Canada (Attorney General) v. Thwaites*, [1994] 3 F.C. 38, at p. 71; *Canada (Attorney General) v. Stevenson*, 2003 FCT 341, 229 F.T.R. 297, at paras. 23-26; *Canada (Attorney General) v. Brooks*, 2006 FC 500, 291 F.T.R. 32, paras. 10-16. Second, the Tribunal relied on what it considered to be compelling policy considerations relating to access to the human rights adjudication process. For reasons that we will set out, our view is that these points do not reasonably support the conclusion that the Tribunal may award legal costs. When one conducts a full contextual and purposive analysis of the provisions it becomes clear that no reasonable interpretation supports that conclusion.

(1) Text

[35] Turning to the text of the provisions in issue, the words “any expenses incurred by the victim”, taken on their own and divorced from their context, are wide enough to include legal costs. This was the view adopted by the Tribunal and the three Federal Court decisions on which it relied. However, when these words are read, as they must be, in their statutory context, it becomes clear that they cannot reasonably be interpreted as creating a stand-alone category of compensation capable of supporting any type of disbursement causally connected to the discrimination. The contention that they were in our view, ignores the structure of the provision in which the words “any expenses incurred by the victim” appear.

p. ex., R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (5^e éd. 2008), p. 497-500). On doit tout de même retenir une interprétation de la loi qui respecte le libellé choisi par le législateur.

[34] La conclusion du Tribunal selon laquelle il possède le pouvoir d'accorder des dépens s'appuie sur deux éléments. Premièrement, il invoque trois décisions de la Cour fédérale pour conclure que le syntagme « dépenses entraînées » employé aux al. 53(2)c) et d) est suffisamment large pour englober les dépens : *Canada (Procureur général) c. Thwaites*, [1994] 3 C.F. 38, p. 71; *Canada (Procureur général) c. Stevenson*, 2003 CFPI 341 (CanLII), par. 23-26; *Canada (Procureur général) c. Brooks*, 2006 CF 500 (CanLII), par. 10-16. Deuxièmement, le Tribunal fait fond sur ce qu'il tient pour d'importantes considérations de politique juridique liées à l'accès à la justice en matière de droits de la personne. Pour les motifs exposés ci-après, nous estimons que ces facteurs n'étaient pas raisonnablement la conclusion selon laquelle le Tribunal peut adjuger des dépens. Il appert d'une analyse exhaustive de nature contextuelle et téléologique qu'aucune interprétation raisonnable des dispositions n'appuie cette conclusion.

(1) Le texte

[35] En ce qui concerne le texte des dispositions en cause, considérés isolément et indépendamment de leur contexte, les mots « des dépenses entraînées par l'acte » sont suffisamment larges pour englober les dépens. Tel est le point de vue du Tribunal ainsi que celui de la Cour fédérale dans les décisions qu'il invoque à l'appui. Or, lorsque ces mots sont dûment considérés dans le contexte de la loi, il devient manifeste qu'on ne peut pas raisonnablement les interpréter de manière à créer une catégorie distincte d'indemnité susceptible de viser tout type de débours ayant un lien de causalité avec l'acte discriminatoire. La prétention contraire fait selon nous abstraction de la structure des dispositions dans lesquelles figurent les mots « des dépenses entraînées par l'acte ».

[36] For ease of reference, we reproduce s. 53(2) and (3) as they read at the time the appellant's complaint was filed:

53. . . .

(2) If, at the conclusion of its inquiry, a Tribunal finds that the complaint to which the inquiry relates is substantiated, it may . . . make an order against the person found to be engaging or to have engaged in the discriminatory practice and include in that order any of the following terms that it considers appropriate:

(a) that the person cease the discriminatory practice and, in order to prevent the same or a similar practice from occurring in the future, take measures, including

(i) adoption of a special program, plan or arrangement referred to in subsection 16(1), or

(ii) the making of an application for approval and the implementing of a plan pursuant to section 17,

in consultation with the Commission on the general purposes of those measures;

(b) that the person make available to the victim of the discriminatory practice, on the first reasonable occasion, such rights, opportunities or privileges as, in the opinion of the Tribunal, are being or were denied the victim as a result of the practice;

(c) that the person compensate the victim, as the Tribunal may consider proper, for any or all of the wages that the victim was deprived of and for any expenses incurred by the victim as a result of the discriminatory practice; and

(d) that the person compensate the victim, as the Tribunal may consider proper, for any or all additional cost of obtaining alternative goods, services, facilities or accommodation and for any expenses incurred by the victim as a result of the discriminatory practice.

(3) In addition to any order that the Tribunal may make pursuant to subsection (2), if the Tribunal finds that

(a) a person is engaging or has engaged in a discriminatory practice wilfully or recklessly, or

[36] Pour en faciliter la consultation, nous reproduisons les par. 53(2) et (3) dans leur version en vigueur au moment où l'appelante a déposé sa plainte :

53. . . .

(2) À l'issue de son enquête, le tribunal qui juge la plainte fondée peut [. . .] ordonner, selon les circonstances, à la personne trouvée coupable d'un acte discriminatoire :

a) de mettre fin à l'acte et de prendre, en consultation avec la Commission relativement à leurs objectifs généraux, des mesures destinées à prévenir des actes semblables, notamment :

(i) d'adopter un programme, plan ou arrangement visé au paragraphe 16(1),

(ii) de présenter une demande d'approbation et de mettre en œuvre un programme prévus à l'article 17;

b) d'accorder à la victime, dès que les circonstances le permettent, les droits, chances ou avantages dont, de l'avis du tribunal, l'acte l'a privée;

c) d'indemniser la victime de la totalité, ou de la fraction qu'il juge indiquée, des pertes de salaire et des dépenses entraînées par l'acte;

d) d'indemniser la victime de la totalité, ou de la fraction qu'il juge indiquée, des frais supplémentaires occasionnés par le recours à d'autres biens, services, installations ou moyens d'hébergement, et des dépenses entraînées par l'acte.

(3) Outre les pouvoirs que lui confère le paragraphe (2), le tribunal peut ordonner à l'auteur d'un acte discriminatoire de payer à la victime une indemnité maximale de cinq mille dollars, s'il en vient à la conclusion, selon le cas :

a) que l'acte a été délibéré ou inconsidéré;

(b) the victim of the discriminatory practice has suffered in respect of feelings or self-respect as a result of the practice,

the Tribunal may order the person to pay such compensation to the victim, not exceeding five thousand dollars, as the Tribunal may determine.

[37] It is significant, in our view, that the phrase “that the person compensate the victim . . . for any expenses incurred by the victim as a result of the discriminatory practice” appears twice, in two subsequent paragraphs. The wording is identical, but on each occasion it appears, the reference to expenses is preceded by specific, but different, wording. The repetition of the reference to expenses and the context in which this occurs strongly suggest that the expenses referred to in each paragraph take their character from the sort of compensation contemplated by the surrounding words of each paragraph. So, in s. 53(2)(c), the person must compensate the victim for lost wages and any expenses incurred by the victim as a result of the discriminatory practice. In s. 53(2)(d), compensation is for the additional costs of obtaining alternate goods, services, facilities, or accommodation in addition to expenses incurred. If the use of the term “expenses” had been intended to confer a free-standing authority to confer costs in all types of complaints, it is difficult to understand why the grant of power is repeated in the specific contexts of lost wages and provision of services and also why the power to award expenses was not provided for in its own paragraph rather than being repeated in the two specific contexts in which it appears. This suggests that the term “expenses” is intended to mean something different in each of paragraphs (c) and (d).

[38] The interpretation adopted by the Tribunal makes the repetition of the term “expenses” redundant and fails to explain why the term is linked to the particular types of compensation described in each of those paragraphs. This interpretation therefore violates the legislative presumption against tautology. As Professor Sullivan notes, at p. 210 of her text, “It is presumed that the legislature avoids superfluous or meaningless words, that it does not pointlessly repeat itself or speak in vain. Every

b) que la victime en a souffert un préjudice moral.

[37] Il nous paraît significatif que l’expression « indemniser la victime [. . .] des dépenses entraînées par l’acte » figure dans deux alinéas successifs. Le texte est identique, mais chaque fois, le renvoi aux dépenses est précédé d’un libellé particulier et différent. La répétition du mot « dépenses » et le contexte dans lequel celui-ci est employé donnent franchement à penser que la nature des dépenses visées dépend du type d’indemnité prévu par le libellé particulier de chacun de ces alinéas. Ainsi, à l’al. 53(2)c), l’auteur de l’acte discriminatoire est tenu d’indemniser la victime des pertes de salaire et des dépenses entraînées par l’acte. À l’alinéa 53(2)d), l’indemnité vise les frais supplémentaires occasionnés par le recours à d’autres biens, services, installations ou moyens d’hébergement, en plus des dépenses entraînées par l’acte discriminatoire. Si l’emploi du mot « dépenses » vise à conférer le pouvoir distinct d’accorder des dépens pour tous les types de plaintes, on conçoit difficilement que ce pouvoir soit attribué non seulement dans le contexte de la perte de salaire, mais aussi dans celui de la fourniture de services et que le pouvoir d’adjuger des dépens ne fasse pas l’objet d’un alinéa distinct au lieu d’être prévu dans le contexte précis de deux alinéas. On peut en conclure que l’intention du législateur était de faire en sorte que le mot « dépenses » ait un sens différent à chacun des al. c) et d).

[38] L’interprétation retenue par le Tribunal rend superflue la répétition du mot « dépenses » et n’explique pas le rattachement de ce terme à l’indemnité visée par chacun des alinéas. Elle va à l’encontre de la présomption d’absence de tautologie qu’établissent les règles d’interprétation législative. La professeure Sullivan signale d’ailleurs à la p. 210 de son ouvrage que [TRADUCTION] « [l]e législateur est présumé ne pas utiliser de mots superflus ou dénués de sens, ne pas se répéter inutilement

word in a statute is presumed to make sense and to have a specific role to play in advancing the legislative purpose.” As former Chief Justice Lamer put it in *R. v. Proulx*, 2000 SCC 5, [2000] 1 S.C.R. 61, at para. 28, “It is a well accepted principle of statutory interpretation that no legislative provision should be interpreted so as to render it mere surplusage.” See also *Attorney General of Quebec v. Carrières Ste-Thérèse Ltée*, [1985] 1 S.C.R. 831, at p. 838.

[39] The appellant received an award for pain and suffering under s. 53(3) of the *CHRA*. The Tribunal also expressly disallowed her medical expense claims (merits decision, at paras. 404-6). Unlike s. 53(2)(c) and (d), there is in subs. (3) no provision for the reimbursement of expenses. Once again, if the intention had been to grant free-standing authority to award costs, the meaning of this omission in light of the repeated specific provision for compensation for expenses is hard to fathom in the context of compensation for lost wages in paragraph (c) and for additional costs of obtaining goods and services in paragraph (d).

[40] Moreover, the term “costs”, in legal parlance, has a well-understood meaning that is distinct from either compensation or expenses. It is a legal term of art because it consists of “words or expressions that have through usage by legal professionals acquired a distinct legal meaning”: Sullivan, at p. 57. Costs usually mean some sort of compensation for legal expenses and services incurred in the course of litigation. If Parliament intended to confer authority to order costs, it is difficult to understand why it did not use this very familiar and widely used legal term of art to implement that purpose. As we shall see shortly, the legislative history of the statute also strongly supports the inference that this was not Parliament’s intent.

[41] Finally, in relation to the text of the Act, it is noteworthy that it very strictly limits the

ni s’exprimer en vain. Chaque mot d’une loi est présumé avoir un sens et jouer un rôle précis dans la réalisation de l’objectif du législateur. » Comme l’explique l’ancien juge en chef Lamer dans l’arrêt *R. c. Proulx*, 2000 CSC 5, [2000] 1 R.C.S. 61, au par. 28, « [s]uivant un principe d’interprétation législative reconnu, une disposition législative ne devrait jamais être interprétée de façon telle qu’elle devienne superfétatoire. » Voir également l’arrêt *Procureur général du Québec c. Carrières Ste-Thérèse Ltée*, [1985] 1 R.C.S. 831, p. 838.

[39] L’appelante a obtenu une indemnité pour préjudice moral en application du par. 53(3) de la *LCDP*. Le Tribunal a par ailleurs refusé expressément le remboursement de ses frais médicaux (décision sur le fond, par. 404-406). À la différence des al. 53(2)c) et d), le par. (3) ne fait aucune mention du remboursement de dépenses. Là encore, si le législateur a voulu conférer un pouvoir distinct d’adjudger des dépens, on s’explique mal son omission de le faire explicitement dans la mesure où l’indemnisation des dépenses est expressément prévue pour la perte de salaire, à l’al. c), puis pour les frais supplémentaires occasionnés par le recours à d’autres biens et services, à l’al. d).

[40] Qui plus est, dans le vocabulaire juridique, le terme « dépens » possède un sens bien défini qui diffère de celui d’« indemnité » ou de « dépenses ». Il s’agit d’un terme technique propre à la langue du droit en ce qu’il correspond à [TRADUCTION] « un mot ou une expression qui, du fait de son emploi par les professionnels du droit, a acquis un sens juridique distinct » (Sullivan, p. 57). Les « dépens » s’entendent habituellement d’une indemnité accordée pour les frais de justice engagés et les services juridiques retenus dans le cadre d’une instance. Si le législateur a entendu conférer le pouvoir d’adjudger des dépens, on comprend mal pourquoi il n’a pas employé ce terme juridique consacré et largement répandu pour le faire. Nous verrons plus loin que l’historique de la loi donne aussi sérieusement à penser que telle n’était pas l’intention du législateur.

[41] Enfin, pour ce qui est du texte de la Loi, il vaut la peine de signaler qu’il plafonne très

amount of money the Tribunal may award for pain and suffering experienced as a result of the discriminatory practice and, as noted, does not explicitly provide for reimbursement of expenses in relation to such an award. At the time of these proceedings, the limit was \$5,000. The Tribunal's interpretation permits it to make a free-standing award for pain and suffering coupled with an award of legal costs in a potentially unlimited amount. This view is hard to reconcile with either the monetary limit or the omission of any express authority to award expenses in s. 53(3).

(2) Context

[42] Turning to context, three matters must be considered: legislative history, the Commission's own consistent understanding of the Tribunal's power to award costs, and parallel provincial and territorial legislation. These contextual matters, when considered along with the provisions' text and purpose, demonstrate that the Tribunal's interpretation does not fall within the range of reasonable interpretations of these provisions.

(a) *Legislative History*

[43] The legislative evolution and history of a provision may often be important parts of the context to be examined as part of the modern approach to statutory interpretation: *Merk v. International Association of Bridge, Structural, Ornamental and Reinforcing Iron Workers, Local 771*, 2005 SCC 70, [2005] 3 S.C.R. 425, at para. 28, per Binnie J.; *Hills v. Canada (Attorney General)*, [1988] 1 S.C.R. 513, at p. 528, per L'Heureux-Dubé J.; *Hilewitz v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 SCC 57, [2005] 2 S.C.R. 706, at paras. 41-53, per Abella J. Legislative evolution consists of the provision's initial formulation and all subsequent formulations. Legislative history includes material relating to the conception, preparation and passage of the enactment: see Sullivan, at pp. 587-93; P.-A. Côté, with the collaboration of S. Beaulac and

strictement le dédommagement que le Tribunal peut accorder pour le préjudice moral infligé par l'acte discriminatoire. Rappelons aussi qu'il ne prévoit pas explicitement le remboursement des frais engagés pour l'obtention de ce dédommagement. Au moment d'engager l'instance, la somme maximale susceptible d'être accordée s'élevait à 5 000 \$. L'interprétation que retient le Tribunal l'autorise à indemniser le préjudice moral de manière distincte, d'une part, et à adjuger des dépens dont le montant peut être illimité, d'autre part. Il est difficile de concilier cette interprétation avec la limitation de l'indemnité ou le fait que le par. 53(3) ne prévoit pas expressément le pouvoir d'accorder le remboursement des frais.

(2) Le contexte

[42] À propos du contexte, trois éléments doivent être pris en compte : l'historique législatif, l'opinion constante de la Commission concernant le pouvoir du Tribunal d'adjuger des dépens et les dispositions législatives comparables adoptées par les provinces et les territoires. Lorsque ces éléments sont considérés de pair avec le texte des dispositions et leur objet, l'interprétation retenue par le Tribunal ne fait pas partie de celles qui sont raisonnables.

a) *Historique législatif*

[43] Souvent, l'évolution et l'historique législatifs d'une disposition peuvent constituer des aspects importants du contexte dont il doit être tenu compte dans une démarche moderne d'interprétation des lois (*Merk c. Association internationale des travailleurs en ponts, en fer structural, ornemental et d'armature, section locale 771*, 2005 CSC 70, [2005] 3 R.C.S. 425, par. 28, le juge Binnie; *Hills c. Canada (Procureur général)*, [1988] 1 R.C.S. 513, p. 528, la juge L'Heureux-Dubé; *Hilewitz c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CSC 57, [2005] 2 R.C.S. 706, par. 41-53, la juge Abella). L'évolution législative s'entend de la formulation initiale, puis subséquente, d'une disposition, et l'historique législatif, des éléments touchant à la conception, à l'élaboration et à l'adoption du texte de loi : Sullivan, p. 587-593;

M. Devinat, *Interprétation des lois* (4th ed. 2009), at pp. 496 and 501-8.

[44] We think there is no reason to exclude proposed, but unenacted, provisions to the extent they may shed light on the purpose of the legislation. While great care must be taken in deciding how much, if any, weight to give to these sorts of material, it may provide helpful information about the background and purpose of the legislation, and in some cases, may give direct evidence of legislative intent: Sullivan, at p. 609; Côté, at p. 507; *Doré v. Verdun (City)*, [1997] 2 S.C.R. 862, at para. 37. This Court, in *M. v. H.*, [1999] 2 S.C.R. 3, has held that failed legislative amendments can constitute evidence of Parliamentary purpose: paras. 348-49, *per* Bastarache J.

[45] The legislative evolution and history of the *CHRA* shed light on two important matters. First, it strongly supports the inference that it is likely that Parliament would have chosen the familiar legal term of art had it been the intention to confer a power to award costs. Parliament is presumed to know the law and it is a reasonable inference that its failure to use familiar terms of art shows that some other meaning was intended. The history of the enactment of the provisions in issue supports applying that reasonable inference because the legal term of art “costs” was used in some draft provisions but not others. Second, the role envisioned for the Commission explains why the power to award costs was not part of Parliament’s intent.

[46] Before the *Canadian Human Rights Act* was enacted in 1977, there was an earlier attempt to enact similar legislation. In 1975, Bill C-72, *An Act to extend the present laws in Canada that proscribe discrimination and that protect the privacy of individuals*, 1st Sess., 30th Parl., received first reading. It provided a specific costs jurisdiction for the Tribunal *in addition to* authority to award expenses which was expressed in wording that was virtually identical to the current s. 53(2). Clause 37(4) of Bill C-72 read as follows:

P.-A. Côté, avec la collaboration de S. Beaulac et M. Devinat, *Interprétation des lois* (4^e éd. 2009), p. 496 et 501-508.

[44] Nous croyons que rien ne justifie d’oublier les dispositions envisagées mais non retenues dans la mesure où elles peuvent contribuer à la détermination de l’objet de la loi. Une grande prudence s’impose quant à l’importance éventuelle qu’il convient de leur accorder. Cependant, elles peuvent renseigner utilement sur l’historique et l’objet de la loi et, dans certains cas, offrir un élément de preuve direct de l’intention du législateur (Sullivan, p. 609; Côté, p. 507; *Doré c. Verdun (Ville)*, [1997] 2 R.C.S. 862, par. 37). Dans l’arrêt *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3, notre Cour a statué qu’un projet de modification législative rejeté pouvait servir à établir l’intention du législateur : par. 348-349, le juge Bastarache.

[45] L’évolution et l’historique de la *LCDP* nous éclairent sur deux points importants. Premièrement, ils donnent fortement à penser que le législateur aurait eu recours au terme juridique consacré s’il avait voulu conférer le pouvoir d’adjuger des dépens. Le législateur est présumé connaître la loi, et l’omission d’employer un terme technique usité en droit permet d’inférer que le terme utilisé a une autre signification. L’historique de l’adoption des dispositions en cause étaye cette inférence raisonnable, car le terme juridique « dépens » a été employé dans l’ébauche de certaines dispositions, mais pas dans d’autres. En second lieu, le rôle qu’il projetait de confier à la Commission explique que le législateur n’a pas voulu lui attribuer le pouvoir d’adjuger des dépens.

[46] L’adoption en 1977 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* a été précédée par le dépôt, en 1975, du projet de loi C-72 intitulé *Loi visant à compléter la législation canadienne actuelle en matière de discrimination et de protection de la vie privée*, 1^{re} sess., 30^e lég., qui a franchi l’étape de la première lecture. Le projet conférait expressément au Tribunal le pouvoir d’adjuger des dépens *en plus de* celui d’accorder une indemnité pour les frais. Le libellé des dispositions en cause était pour ainsi dire identique à celui de l’actuel par. 53(2). Le paragraphe 37(4) du projet de loi C-72 disposait :

37. . . .

(4) The costs of and incidental to any hearing before a Tribunal are in the discretion of the Tribunal, which may direct that the whole or any part thereof be paid by any party to such hearing.

[47] Bill C-72 died on the order paper. When Bill C-25, which ultimately became the *CHRA* in 1977, was introduced, the explicit authority to award costs, which had been granted in cl. 37(4) of Bill C-72, was deleted, while the authority to award expenses was retained. In addition, a provision relating to the role of the Commission was inserted which we will discuss in a moment.

[48] This piece of the legislative history of the provision before us strongly suggests that “costs” was used as a term of art when the intention was to confer authority to award legal costs. This view is further reinforced by amendments that were proposed, but not enacted, in 1992. Clause 24(3) of Bill C-108, *An Act to amend the Canadian Human Rights Act and other Acts in consequence thereof*, 3rd Sess., 34th Parl., 1991-92, provided that the Tribunal could order the Commission to pay costs. It read as follows:

24. . . .

(3) Subsections 53(3) and (4) of the said Act are repealed and the following substituted therefor:

. . . .

(6) The Tribunal may order the Commission to pay costs in accordance with the rules made under section 48.9 to

- (a) a complainant, if the complaint is substantiated and
 - (i) the Commission did not appear before the Tribunal, or
 - (ii) separate representation for the complainant was warranted by the divergent interests of the complainant and the Commission or by any other circumstances of the complaint; or
- (b) a respondent, if the complaint is not substantiated and is found to be trivial, frivolous, vexatious, in bad faith or without purpose or to have caused the respondent excessive financial hardship.

37. . . .

(4) Les dépens de l'enquête et les frais qui en découlent sont laissés à la discrétion du tribunal.

[47] Le projet de loi C-72 est mort au Feuilleton. Lors du dépôt du projet de loi C-25, devenu la *LCDP* en 1977, le pouvoir exprès d'adjuger des dépens que prévoyait le par. 37(4) du projet de loi C-72 a été omis, alors que celui d'indemniser des frais occasionnés a été retenu. De plus, une disposition portant sur le rôle de la Commission a été ajoutée. Nous y reviendrons.

[48] Ce volet de l'historique des dispositions qui nous intéressent permet de conclure que le terme technique « dépens » est employé lorsqu'il s'agit de conférer le pouvoir d'indemniser une partie de ses frais de justice. Cette interprétation se voit confirmée par les modifications proposées en 1992, mais non adoptées par la suite. En effet, le par. 24(3) du projet de loi C-108 — *Loi modifiant la Loi canadienne sur les droits de la personne et d'autres lois en conséquence*, 3^e sess., 34^e lég., 1991-92 — prévoyait que le Tribunal pouvait condamner la Commission aux dépens. En voici le libellé :

24. . . .

(3) Les paragraphes 53(3) et (4) de la même loi sont abrogés et remplacés par ce qui suit :

. . . .

(6) Le tribunal peut accorder, aux dépens de la Commission, les frais et dépens qu'il détermine suivant les barèmes fixés dans les règles visées à l'article 48.9 :

- a) au plaignant qui a gain de cause, soit lorsque la Commission n'a pas comparu devant lui, soit lorsque le plaignant a un représentant distinct à cause de la divergence de ses intérêts et de ceux de la Commission, ou des circonstances de la plainte;
- b) au défendeur qui a gain de cause, lorsqu'il estime que la plainte est sans objet, dénuée de tout intérêt, faite de mauvaise foi ou a causé une contrainte financière excessive à celui-ci.

Clause 21 (adding s. 48.9(1)(h)) also would have allowed the Human Rights Tribunal Panel, with the approval of the Governor in Council, to make rules of procedure governing awards of interest and costs.

[49] These provisions received first reading in December of 1992, but did not proceed further and were not enacted. However, they again show that the word “costs” was understood to be a legal term of art to be used when the intention was to confer authority to order payment of legal costs.

[50] Another aspect of legislative history suggests that the authority to award costs and the role envisaged for the Commission were related subjects in Parliament’s view.

[51] We mentioned earlier that the 1975 draft bill which was not ultimately enacted expressly authorized the Tribunal to award “costs of and incidental to any hearing” before it. That express power, as we have noted, was not contained in the 1977 bill that ultimately became the *CHRA*. However, while the power to award costs was removed, a provision relating to the role of the Commission was added. This section currently reads:

51. In appearing at a hearing, presenting evidence and making representations, the Commission shall adopt such position as, in its opinion, is in the public interest having regard to the nature of the complaint.

We agree with the respondent that the clear implication of this chain of events is that Parliament chose an active role for the Commission, which could include litigating on behalf of complainants, instead of cloaking the Tribunal with a broad costs jurisdiction.

[52] The 1992 proposed amendments which we have noted earlier are consistent with this view. It is noteworthy that the authority to award costs contemplated by those provisions could only be

De plus, l’art. 21 (qui ajoutait l’al. 48.9(1)(h)) aurait permis au Comité du tribunal des droits de la personne d’établir, avec l’approbation du gouverneur en conseil, des règles de procédure régissant l’adjudication des frais, des dépens et des intérêts.

[49] Ces dispositions ont franchi l’étape de la première lecture en décembre 1992, mais elles n’ont connu aucune suite, de sorte qu’elles n’ont pas été adoptées. Cependant, elles montrent encore une fois que le mot « dépens » était perçu comme un terme technique propre au droit et que son emploi visait à conférer le pouvoir de condamner au paiement des frais de justice.

[50] Un autre aspect de l’historique législatif permet de conclure que, dans l’esprit du législateur, pouvoir d’adjuger des dépens et rôle projeté de la Commission étaient liés.

[51] Rappelons que le projet de loi de 1975, qui n’a pas connu de suite, autorisait expressément le Tribunal à accorder les « dépens de l’enquête et les frais qui en découlent ». Or, ce pouvoir exprès n’a pas été repris dans le projet de loi de 1977 dont est issue la *LCDP*. Toutefois, même si le législateur a écarté le pouvoir d’adjuger des dépens, il a ajouté une disposition relative au rôle de la Commission qui, dans sa version actuelle, prévoit ce qui suit :

51. En comparaisant devant le membre instructeur et en présentant ses éléments de preuve et ses observations, la Commission adopte l’attitude la plus proche, à son avis, de l’intérêt public, compte tenu de la nature de la plainte.

Nous convenons avec l’intimé qu’il appert nettement de cette succession de mesures que le législateur a choisi de confier un rôle actif à la Commission, dont celui d’agir au nom d’un plaignant, au lieu d’investir le Tribunal d’un vaste pouvoir d’adjudication des dépens.

[52] Les modifications proposées en 1992 et dont nous faisons précédemment état s’accordent avec cette interprétation. Il convient également de signaler que le pouvoir d’adjuger des dépens que

awarded under this regime if the Commission did not take carriage of the matter. This supports the respondent's contention that an authority to award costs was rejected in favour of an active role for the Commission in presenting complaints to the Tribunal.

(b) *The Commission's Understanding of Costs Authority*

[53] A further element of context is that the Commission itself has consistently understood that the *CHRA* does not confer jurisdiction to award costs and has repeatedly urged Parliament to amend the Act in this respect. Despite the limited weight of the factor, this Court has permitted consideration of an administrative body's own interpretation of its enabling legislation, for example, in *Will-Kare Paving & Contracting Ltd. v. Canada*, 2000 SCC 36, [2000] 1 S.C.R. 915. Binnie J. (in dissent) relied on excerpts from speeches to the Canadian Tax Foundation made by both the Minister of Finance and an employee of Revenue Canada when interpreting an income tax provision. Binnie J. states, "Administrative policy and interpretation are not determinative but are entitled to weight and can be an important factor in case of doubt about the meaning of legislation", at para. 66, citing *Harel v. Deputy Minister of Revenue of Quebec*, [1978] 1 S.C.R. 851, at p. 859, *per de Grandpré J.*, and *Nowegijick v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 29, at p. 37, *per Dickson J.* (as he then was). While of course not conclusive, this sort of opinion about the proper interpretation of the provision may be consulted by the court provided it meets the threshold test of relevance and reliability (see Sullivan, at p. 575; Côté, at pp. 633-38). In my view, the considered and consistent view of the Commission itself about the meaning of its constitutive statute meets these requirements.

[54] In its 1985 annual report, the Commission asked that the Act be amended to empower the Tribunal to award costs:

prévoient ces dispositions ne pouvait être exercé que si la Commission n'assurait pas la conduite de l'instance, ce qui tend à appuyer la thèse, défendue par l'intimé, de l'abandon du pouvoir d'adjuger des dépens au profit de l'octroi à la Commission d'un rôle actif dans la présentation des plaintes au Tribunal.

b) *Opinion de la Commission concernant son pouvoir d'adjuger des dépens*

[53] S'inscrit également dans le contexte le fait que la Commission elle-même a toujours considéré que la *LCDP* ne conférait pas le pouvoir d'adjuger des dépens et qu'elle a maintes fois exhorté le législateur à corriger la situation en modifiant la Loi. Dans l'arrêt *Will-Kare Paving & Contracting Ltd. c. Canada*, 2000 CSC 36, [2000] 1 R.C.S. 915, par exemple, notre Cour a permis la prise en compte de l'interprétation de sa loi habilitante par un organisme administratif, malgré l'importance relative de cet élément. Dissident, le juge Binnie s'y fonde sur des extraits d'allocutions prononcées devant l'Association canadienne d'études fiscales par le ministre des Finances et un employé de Revenu Canada relativement à l'interprétation d'une disposition de la loi de l'impôt sur le revenu. Il écrit : « La politique et l'interprétation de l'administration ne sont pas des sources concluantes, mais elles ont un certain poids en cas de doute sur la signification d'un texte législatif » (par. 66), citant à l'appui les arrêts *Harel c. Sous-ministre du Revenu du Québec*, [1978] 1 R.C.S. 851, p. 859, le juge de Grandpré, et *Nowegijick c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 29, p. 37, le juge Dickson, plus tard Juge en chef. L'opinion de ce type sur la juste interprétation de la disposition en cause n'est évidemment pas concluante, mais le tribunal peut en tenir compte si elle satisfait au critère minimal de la pertinence et de la fiabilité (Sullivan, p. 575; Côté, p. 633-638). À notre avis, l'opinion réfléchie et constante de la Commission quant à la portée de sa loi constitutive satisfait à cette exigence.

[54] Dans son rapport annuel de 1985, la Commission demandait la modification de la Loi afin de doter le Tribunal du pouvoir d'adjuger des dépens :

The Commission recommends to Parliament that the Canadian Human Rights Act be amended to include a provision to allow a human rights tribunal discretionary power to award costs to parties appearing before it.

The intent of this recommendation is to provide tribunals with a wider discretion in disposing of a complaint where undue hardship may be a factor.

(*Annual Report 1985* (1986), at p. 12 (italics in original))

The Commission made similar recommendations in each of its 1986, 1987, 1988, 1989 and 1990 annual reports to Parliament.

[55] Most recently, in its *Special Report to Parliament: Freedom of Expression and Freedom from Hate in the Internet Age* (2009), the Commission stated that “[t]he CHRA does not allow for the awarding of costs” (p. 34). In this respect, the report makes mention of the simplified process that complainants must follow to file a complaint, and the assistance they get from both the Commission and the Tribunal during the investigation and litigation stages, as reasons why complainants do not need to hire lawyers to proceed. The Commission went on to recommend that Parliament amend the Act to allow discretion to award legal costs, but only if the Tribunal finds that one party has abused the Tribunal process.

[56] While, as noted, the Commission’s views about the limits of its statutory powers are not binding on the court, they may be considered. The Commission is the body charged with the administration and enforcement of the *CHRA* on a daily basis and possesses extensive knowledge of and familiarity with the Act. Its long-standing and consistently held view that the Act does not allow for costs, while not determinative, is entitled to some weight in the circumstances of this case.

(c) *Parallel Provincial and Territorial Legislation*

[57] The respondent also urges us to consider parallel legislation in the provinces and territories

La Commission recommande au Parlement de modifier la Loi canadienne sur les droits de la personne de façon à y inclure une disposition conférant au tribunal des droits de la personne un pouvoir discrétionnaire l’habilitant à condamner aux dépens les parties aux plaintes qu’il instruit.

Cette recommandation vise à laisser aux tribunaux une plus grande discrétion dans la suite à donner aux plaintes dans les cas où des contraintes excessives peuvent entrer en compte.

(*Rapport annuel 1985* (1986), p. 12 (en italique dans l’original))

La Commission a formulé des recommandations au même effet dans chacun de ses rapports annuels au Parlement en 1986, 1987, 1988, 1989 et 1990.

[55] Plus récemment, dans son *Rapport spécial au Parlement : Liberté d’expression et droit à la protection contre la haine à l’ère d’Internet* (2009), la Commission relève que « [l]a LCDP ne permet pas d’allouer des dépens » (p. 37). À ce propos, elle renvoie à la procédure simplifiée que suit le plaignant pour déposer une plainte, de même qu’à l’assistance sur laquelle il peut compter de sa part et de celle du Tribunal tant à l’étape de l’enquête qu’à celle de l’instruction, pour expliquer que le plaignant n’a pas besoin d’un avocat pour exercer son recours. La Commission recommande la modification de la Loi afin que le Tribunal ait le pouvoir discrétionnaire d’allouer des dépens, mais seulement lorsqu’il juge qu’une partie a abusé de sa procédure.

[56] Comme nous le signalons précédemment, même si elle n’est pas liée par la conception que la Commission se fait de l’étendue de son pouvoir légal, une cour de justice peut en tenir compte. La Commission administre et applique la *LCDP* au quotidien, si bien qu’elle en a une connaissance approfondie. Le fait qu’elle estime depuis longtemps et avec constance que la Loi ne permet pas d’adjudication des dépens revêt une certaine importance dans les circonstances de l’espèce même s’il n’est pas décisif.

c) *Dispositions législatives comparables des provinces et des territoires*

[57] L’intimé nous incite par ailleurs à tenir compte des dispositions législatives parallèles des

and we agree that this is a useful exercise in this case. Of course, we do not suggest that consulting provincial and territorial legislation is always helpful to the task of discerning federal legislative intent. However, Professor Sullivan confirms that cross-jurisdictional comparison of statutes dealing with the same subject matter may be instructive (pp. 419-20).

[58] The Court has made use of parallel legislation as an interpretative aid in other cases. For example, in *Canada (Attorney General) v. Public Service Alliance of Canada*, [1991] 1 S.C.R. 614, Sopinka J. looked at several pieces of comparable provincial legislation to assist him in determining whether the federal legislation allowed the Public Service Staff Relations Board to decide who is an employee under its enabling legislation (pp. 631-32). Another example of this approach is found in *Morguard Properties Ltd. v. City of Winnipeg*, [1983] 2 S.C.R. 493, where Estey J. relied on a comparative analysis between Manitoba's legislation, and that of the other provinces, when deciding whether Winnipeg intended to freeze property tax assessments (pp. 504-5).

[59] In this case, resort to parallel provincial and territorial legislation is helpful in one limited respect. It tends to confirm the view that the word "costs" is used consistently when the intention is to confer the authority to award legal costs.

[60] For example, British Columbia allows costs to be awarded if there is "improper conduct" during the course of the complaint (*Human Rights Code*, R.S.B.C. 1996, c. 210, s. 37(4)). In Manitoba and the Northwest Territories, the conduct must be "frivolous or vexatious" (*Human Rights Code*, S.M. 1987-88, c. 45, s. 45(2); *Human Rights Act*, S.N.W.T. 2002, c. 18, s. 63). In Alberta, Prince Edward Island, and Newfoundland (*Alberta Human Rights Act*, R.S.A. 2000, c. A-25.5, s. 32(2); *Human Rights Act*, R.S.P.E.I. 1988, c. H-12, s. 28.4(6); *Human Rights Act, 2010*, S.N.L. 2010, c. H-13.1, s. 39(2)), tribunals can make any

provinces et des territoires et nous convenons qu'il s'agit d'une entreprise utile en l'espèce. Évidemment, nous ne laissons pas entendre que la consultation des lois provinciales et territoriales s'avère toujours pertinente pour discerner l'intention du législateur fédéral. La professeure Sullivan confirme toutefois que la comparaison des lois fédérales, provinciales et territoriales portant sur un même sujet peut se révéler instructive (p. 419-420).

[58] La Cour a déjà examiné en parallèle les dispositions législatives de différents ressorts. Ainsi, dans l'arrêt *Canada (Procureur général) c. Alliance de la Fonction publique du Canada*, [1991] 1 R.C.S. 614, le juge Sopinka étudie quelques lois provinciales comparables afin de déterminer si la loi fédérale considérée permet à la Commission des relations de travail dans la Fonction publique de décider qui est un employé en application de sa loi habilitante (p. 631-632). De même, dans l'arrêt *Morguard Properties Ltd. c. Ville de Winnipeg*, [1983] 2 R.C.S. 493, le juge Estey recourt à une analyse comparative de la loi manitobaine et de celles d'autres provinces pour décider si la ville de Winnipeg entendait geler des évaluations foncières (p. 504-505).

[59] Dans le cas qui nous occupe, le recours aux dispositions législatives équivalentes des provinces et des territoires n'est indiqué qu'à une fin bien précise. La démarche tend à confirmer que le législateur emploie toujours le mot « dépens » lorsqu'il veut conférer le pouvoir d'adjuger des dépens.

[60] Par exemple, la Colombie-Britannique permet d'adjuger des dépens en cas de [TRA-DUCTION] « comportement répréhensible » pendant l'examen de la plainte (*Human Rights Code*, R.S.B.C. 1996, ch. 210, par. 37(4)). Au Manitoba et dans les Territoires du Nord-Ouest, la conduite reprochée doit être « futile ou vexatoire » (*Code des droits de la personne*, L.M. 1987-88, ch. 45, par. 45(2); *Loi sur les droits de la personne*, L.T.N.-O. 2002, ch. 18, art. 63). En Alberta, à l'Île-du-Prince-Édouard et à Terre-Neuve (*Alberta Human Rights Act*, R.S.A. 2000, ch. A-25.5, par. 32(2); *Human Rights Act*, R.S.P.E.I. 1988, ch. H-12, par. 28.4(6);

“appropriate” cost order, in Québec a tribunal may award costs “as it determines”, *Charter of human rights and freedoms*, R.S.Q., c. C-12, s. 126; and in Saskatchewan it is any “appropriate” cost order but not against the Commission (*Saskatchewan Human Rights Code Regulations*, R.R.S., c. S-24.1, Reg. 1, s. 21(1)). In Ontario, the offending party’s conduct must be “unreasonable, frivolous or vexatious or . . . in bad faith” and the Tribunal can make its own rules pertaining to costs awards (*Statutory Powers Procedure Act*, R.S.O. 1990, c. S.22, s. 17.1(2)). In all provinces, this costs jurisdiction is *in addition to* broad compensatory jurisdiction for expenses incurred; the wording of these expense reimbursement provisions is very similar to the language of s. 53(2) of the *CHRA*.

(3) Purpose

[61] The appellant urges the Court to give the provisions authorizing compensation for expenses a broad and purposive interpretation which will permit the Tribunal to make victims of discrimination whole. This was the second point relied on by the Tribunal in finding it could award costs.

[62] As we noted earlier, the *CHRA* has been described as quasi-constitutional and deserves a broad, liberal, and purposive interpretation befitting of this special status. However, a liberal and purposive interpretation cannot supplant a textual and contextual analysis simply in order to give effect to a policy decision different from the one made by Parliament: *Bell Canada v. Bell Aliant Regional Communications*, 2009 SCC 40, [2009] 2 S.C.R. 764, at paras. 49-50, *per* Abella J.; *Gould*, at para. 50, *per* La Forest J., concurring.

Human Rights Act, 2010, S.N.L. 2010, ch. H-13.1, par. 39(2)), le tribunal peut rendre l’ordonnance qui [TRADUCTION] « convient » quant aux dépens. Au Québec, il peut rendre l’ordonnance « qu’il détermine » en la matière (*Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., ch. C-12, art. 126). En Saskatchewan, il peut aussi rendre l’ordonnance qui [TRADUCTION] « convient » à ce chapitre, mais il ne peut condamner la Commission aux dépens (*Saskatchewan Human Rights Code Regulations*, R.R.S., ch. S-24.1, règl. 1, par. 21(1)). En Ontario, la partie en cause doit avoir une conduite « déraisonnable, frivole ou vexatoire » ou « agi[r] de mauvaise foi », et le Tribunal peut établir ses propres règles pour l’adjudication des dépens (*Loi sur l’exercice des compétences légales*, L.R.O. 1990, ch. S.22, par. 17.1(2)). Dans tous ces ressorts, le pouvoir d’adjudication des dépens *s’ajoute au* pouvoir général d’indemniser une partie des dépenses engagées. Le libellé des dispositions prévoyant le remboursement des dépenses est très semblable à celui du par. 53(2) de la *LCDP*.

(3) L’objet

[61] L’appelante demande à la Cour d’interpréter de manière large et téléologique les dispositions qui autorisent le Tribunal à indemniser de ses dépenses la victime de l’acte discriminatoire, pour garantir le caractère intégral de l’indemnisation. Cet argument reprend le deuxième motif invoqué par le Tribunal pour étayer sa conclusion qu’il peut adjuger des dépens.

[62] Certes, la *LCDP* demeure considérée comme une loi quasi constitutionnelle qui appelle une interprétation large, libérale et téléologique en rapport avec cette nature particulière. Toutefois, on ne saurait substituer à l’analyse textuelle et contextuelle une interprétation libérale et téléologique dans le seul but de donner effet à une autre décision de principe que celle prise par le législateur (*Bell Canada c. Bell Aliant Communications régionales*, 2009 CSC 40, [2009] 2 R.C.S. 764, par. 49-50, la juge Abella; *Gould*, par. 50, le juge La Forest, motifs concordants).

[63] The genesis of this dispute appears to be the fact that, in 2003, the Commission decided to restrict its advocacy on behalf of complainants (R.F., at paras. 47-48). This policy change may have been in response to the Report of the Canadian Human Rights Act Review Panel, chaired by the Honourable Gérard La Forest, which recommended that the Commission act only in cases that raised serious issues of systemic discrimination or new points of law (*Promoting Equality: A New Vision* (2000)). Interestingly, this report also acknowledged that the CHRA does not provide any authority to award costs. The Report recommended clinic-type assistance to potential claimants (pp. 71-72 and 74-78). The latter recommendation was not acted upon, while the former was. As a result, the role of the Commission in taking complaints forward to the Tribunal was restricted without provision for alternative means to assist complainants to do so. Significantly, however, these changes occurred without changing the legislation in relation to the power to award costs.

[64] In our view, the text, context and purpose of the legislation clearly show that there is no authority in the Tribunal to award legal costs and that there is no other reasonable interpretation of the relevant provisions. Faced with a difficult point of statutory interpretation and conflicting judicial authority, the Tribunal adopted a dictionary meaning of “expenses” and articulated what it considered to be a beneficial policy outcome rather than engage in an interpretative process taking account of the text, context and purpose of the provisions in issue. In our respectful view, this led the Tribunal to adopt an unreasonable interpretation of the provisions. The Court of Appeal was justified in reviewing and quashing the order of the Tribunal.

V. Disposition

[65] We would dismiss the appeal without costs.

[63] Le présent litige paraît découler de la décision de la Commission, datant de 2003, de restreindre le nombre de cas dans lesquels elle épaulé le plaignant (m.i., par. 47-48). Ce changement d'orientation a pu donner suite au rapport du Comité de révision de la Loi canadienne sur les droits de la personne présidé par l'honorable Gérard La Forest. En effet, ce rapport recommandait que la Commission ne compare pas dans les dossiers soulevant des questions sérieuses de discrimination systémique ou des points de droit nouveaux (*La promotion de l'égalité : Une nouvelle vision* (2000)). Il reconnaissait en outre que la LCDP n'accordait pas le pouvoir d'adjuger des dépens et il recommandait la création d'une clinique juridique appelée à offrir son aide aux éventuels plaignants (p. 77-79 et 81-85). Contrairement à la première recommandation, cette dernière n'a pas été suivie, de sorte que le rôle de la Commission dans la présentation des plaintes au Tribunal s'est restreint bien qu'aucune autre mesure n'ait été prise pour aider les plaignants. Il est toutefois révélateur que ces changements soient intervenus sans modification de la loi au sujet du pouvoir d'adjuger des dépens.

[64] À notre avis, il appert nettement du texte de la loi, de son contexte et de son objet que le Tribunal ne possède pas le pouvoir d'adjuger des dépens, et les dispositions applicables ne se prêtent à aucune autre interprétation raisonnable. Aux prises avec une question difficile d'interprétation législative et une jurisprudence contradictoire, le Tribunal a retenu la définition de « dépense » figurant au dictionnaire et il a formulé ce qu'il tenait pour une solution bénéfique sur le plan des principes au lieu d'entreprendre une démarche d'interprétation fondée sur le texte, le contexte et l'objet des dispositions en cause. Avec respect pour l'opinion contraire, cette démarche a amené le Tribunal à opter pour une interprétation déraisonnable des dispositions. La Cour d'appel était justifiée de contrôler puis d'annuler l'ordonnance du Tribunal.

V. Dispositif

[65] Nous sommes d'avis de rejeter le pourvoi sans dépens.

Appeal dismissed.

Solicitor for the appellant the Canadian Human Rights Commission: Canadian Human Rights Commission, Ottawa.

Solicitors for the appellant Donna Mowat: Raven, Cameron, Ballantyne & Yazbeck, Ottawa.

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

Solicitors for the intervener the Canadian Bar Association: Camp Fiorante Matthews, Vancouver.

Solicitors for the intervener the Council of Canadians with Disabilities: Champ & Associates, Ottawa.

Pourvoi rejeté.

Procureur de l'appelante la Commission canadienne des droits de la personne : Commission canadienne des droits de la personne, Ottawa.

Procureurs de l'appelante Donna Mowat : Raven, Cameron, Ballantyne & Yazbeck, Ottawa.

Procureur de l'intimé : Procureur général du Canada, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Association du Barreau canadien : Camp Fiorante Matthews, Vancouver.

Procureurs de l'intervenant le Conseil des Canadiens avec déficiences : Champ & Avocats, Ottawa.

ISSN 0045-4230

If undelivered, return to:

**Publishing & Depository Services
Public Works and Government Services
Ottawa, Ontario
Canada K1A 0S5**

En cas de non-livraison, retourner à :

**Éditions et Services de dépôts
Travaux publics et Services gouvernementaux
Ottawa (Ontario)
Canada K1A 0S5**

**Available from:
Publishing & Depository Services
Public Works and Government Services
Ottawa, Ontario - Canada K1A 0S5
<http://publications.gc.ca>**

**En vente auprès de :
Éditions et Services de dépôts
Travaux publics et Services gouvernementaux
Ottawa (Ontario) - Canada K1A 0S5
<http://publications.gc.ca>**



**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Part 3, 2011 Vol. 3

3^e cahier, 2011 Vol. 3

Cited as [2011] 3 S.C.R. 505-719

Renvoi [2011] 3 R.C.S. 505-719

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

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

Deputy Registrar / Registraire adjointe
MARY MCFADYEN

General Counsel / Avocate générale
BARBARA KINCAID

Chief Law Editor / Arrêtiiste en chef
J. DAVID POWER

Senior Counsel / Avocate-conseil
JULIE TERRIEN

Legal Counsel / Conseillers juridiques		
CLAIRE ZOË BIDER-HALL	LEE ANN GORMAN	LOUISE SAVARD
JANICE CHENEY	KAREN LEVASSEUR	IDA SMITH
HARLEY D'AOÛT	JOANNE NORMAN	JACQUELINE STENCEL
CHANTAL DEMERS	BERNARD OLIVIER	LESLI TAKAHASHI
VALERIE DESJARLAIS	LORRAINE PILETTE	CAMERON TAYLOR
GENEVIÈVE DOMEY	RÉMI SAMSON	RENÉE MARIA TREMBLAY

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

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

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

Technical Revisors / Réviseurs techniques		
SUZANNE AUDET	PAULINE MCTAVISH	PETER O'DOHERTY
NANCY MCCAUGHAN	ANNE-MARIE NOËL	JEAN-FRANÇOIS SCHAAN

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

Administrative Assistants / Adjointes administratifs
SÉBASTIEN GAGNÉ MANON PLOUFFE

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

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

CONTENTS

Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers' Association 654

Administrative law — Judicial review — Implied decision — Decision of adjudicator quashed on judicial review on basis of Information and Privacy Commissioner's failure to comply with statutory time limits — Issue of time limits not raised with Commissioner or adjudicator — Adjudicator consequently not specifically addressing issue and not issuing reasons in this regard — Whether a matter that was not raised at tribunal may be judicially reviewed — Whether reasons given by tribunal in other decisions may assist in determination of reasonableness of implied decision — Personal Information Protection Act, S.A. 2003, c. P-6.5, s. 50(5).

Administrative law — Standard of review — Whether a tribunal's decision relating to interpretation of its home statute or statutes closely connected to its functions is reviewable on standard of correctness or reasonableness — Whether category of true questions of jurisdiction or vires should be maintained when tribunal is interpreting its home statute or statutes closely connected to its functions.

Lax Kw'alaams Indian Band v. Canada (Attorney General) 535

Aboriginal law — Aboriginal rights — Fishing — Nature of pre-contact practice — Evolution of pre-contact practice — First Nations claiming rights to commercial harvesting and sale of all species of fish within their traditional waters — Whether pre-contact trade in specific fish product could evolve into modern commercial fishery — Constitution Act, 1982, s. 35(1).

Civil procedure — Pleadings — Aboriginal rights litigation — Whether Aboriginal rights claim should be characterized based on pleadings or a broader enquiry — Whether claim for declaration of "lesser" rights was properly presented in pleadings.

Aboriginal law — Fiduciary duty — Whether historical record supported existence of fiduciary duty to grant claimants right to modern commercial fishery.

Newfoundland and Labrador Nurses' Union v. Newfoundland and Labrador (Treasury Board) 708

Administrative law — Role and adequacy of reasons — Procedural fairness — Whether reasons satisfy Dunsmuir requirements for "justification, transparency and intelligibility".

Nor-Man Regional Health Authority Inc. v. Manitoba Association of Health Care Professionals 616

Labour relations — Grievances — Arbitral award — Standard of review — Arbitrator imposing estoppel on

Continued on next page

SOMMAIRE

Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers' Association 654

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Décision implicite — Décision d'une déléguée annulée à l'issue d'un contrôle judiciaire au motif que le commissaire à l'information et à la protection de la vie privée n'a pas observé le délai prescrit — Inobservation du délai non soulevée devant le commissaire ou sa déléguée — La déléguée n'a donc ni examiné ni abordé expressément la question dans ses motifs — Une question qui n'a pas été soulevée devant un tribunal administratif peut-elle faire l'objet d'un contrôle judiciaire? — Les motifs du tribunal administratif dans d'autres affaires peuvent-ils permettre de se prononcer sur le caractère raisonnable d'une décision implicite? — Personal Information Protection Act, S.A. 2003, ch. P-6.5, art. 50(5).

Droit administratif — Norme de contrôle — La décision d'un tribunal administratif qui interprète sa propre loi constitutive ou une loi étroitement liée à son mandat est-elle assujettie à la norme de la décision correcte ou à celle de la décision raisonnable? — La catégorie des véritables questions de compétence doit-elle subsister relativement à l'interprétation par un tribunal administratif de sa propre loi constitutive ou d'une loi étroitement liée à son mandat?

Alliance de la fonction publique du Canada c. Société canadienne des postes 572

Droits de la personne — Pratiques discriminatoires — Parité salariale — Groupe professionnel largement féminin recevant une rémunération inférieure à celle versée au groupe professionnel largement masculin utilisé aux fins de comparaison — Conclusion d'inégalité salariale prononcée par le Tribunal canadien des droits de la personne — Conclusion infirmée par suite d'un contrôle judiciaire — Le Tribunal n'a commis aucune erreur donnant ouverture à révision en concluant que le groupe largement féminin recevait une rémunération inférieure pour un travail de valeur égale.

Bande indienne des Lax Kw'alaams c. Canada (Procureur général) 535

Droit des Autochtones — Droits ancestraux — Pêche — Nature de la pratique précontact — Évolution de la pratique précontact — Premières nations revendiquant des droits de récolte et de vente commerciales de toutes les espèces de poisson vivant dans leurs eaux traditionnelles — Le commerce précontact d'un produit de la pêche particulier peut-il avoir évolué jusqu'à une pêche commerciale moderne? — Loi constitutionnelle de 1982, art. 35(1).

Procédure civile — Actes de procédure — Litige sur les droits ancestraux — La revendication d'un droit ancestral doit-elle être caractérisée sur le fondement des actes de

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

union's claim for redress under collective agreement — Whether arbitral award applying common law or equitable remedy is reviewable on standard of reasonableness or correctness.

Public Service Alliance of Canada v. Canada Post Corp. 572

Human rights — Discriminatory practices — Equal wages — Largely female group of employees receiving lower pay than largely male comparator group — Canadian Human Rights Tribunal finding pay inequity — Finding overturned on judicial review — Tribunal committed no reviewable error in finding largely female group paid less for work of equal value.

Quebec (Attorney General) v. Canada (Human Resources and Social Development) 635

Constitutional law — Federal paramountcy — Employment insurance — Recovery mechanism — Provincial statute providing that income replacement benefits received by injured worker exempt from seizure — Federal statute authorizing Employment Insurance Commission to issue requirement to pay in order to recover overpayments — Whether provincial provision constitutionally inoperative in relation to garnishment provided for in federal statute — Employment Insurance Act, S.C. 1996, c. 23, s. 126(4) — Act respecting industrial accidents and occupational diseases, R.S.Q., c. A-3.001, s. 144.

Crown law — Prerogatives — Immunity — Whether Employment Insurance Commission, as agent of Crown, protected by common law immunity, with result that s. 144 of Act respecting industrial accidents and occupational diseases inapplicable to federal Crown — Whether it is appropriate to consider doctrine of paramountcy before determining whether Crown immunity applies — Interpretation Act, R.S.C. 1985, c. I-21, s. 17.

R. v. Banwait 533

Criminal law — Trial — Charge to jury — First degree murder — Trial judge properly instructed jury on relationship between planning and deliberation and murder.

R. v. Bouchard-Lebrun 575

Criminal law — Defences — Mental disorder — Accused assaulting two individuals while in state of toxic psychosis resulting from voluntary consumption of drugs — Whether toxic psychosis whose symptoms are caused by state of self-induced intoxication can be “mental disorder” — Whether s. 33.1 of Criminal Code limits scope of defence of not criminally responsible on account of mental disorder — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 16, 33.1.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

procédure ou d'une enquête plus générale? — Une déclaration reconnaissant un droit « moindre » a-t-elle été dûment demandée dans la plaidoirie écrite?

Droit des Autochtones — Obligation fiduciaire — Les données historiques étayent-elles l'existence d'une obligation fiduciaire de reconnaître aux demandeurs le droit de pratiquer une pêche commerciale moderne?

Newfoundland and Labrador Nurses' Union c. Terre-Neuve-et-Labrador (Conseil du Trésor) 708

Droit administratif — Rôle et suffisance des motifs — Équité procédurale — Les motifs répondaient-ils aux critères de la justification de la décision et de la transparence et l'intelligibilité du processus décisionnel établis dans *Dunsmuir*?

Nor-Man Regional Health Authority Inc. c. Manitoba Association of Health Care Professionals 616

Relations du travail — Grievs — Sentence arbitrale — Norme de contrôle — Arbitre ayant appliqué la préclusion à la demande de réparation présentée par le syndicat en vertu de la convention collective — La sentence arbitrale mettant en jeu une réparation de common law ou d'equity est-elle assujettie à la norme de contrôle de la décision raisonnable ou à celle de la décision correcte?

Québec (Procureur général) c. Canada (Ressources humaines et Développement social) 635

Droit constitutionnel — Prépondérance fédérale — Assurance-emploi — Mesure de recouvrement — Disposition législative provinciale déclarant insaisissables les prestations de remplacement du revenu d'un accidenté du travail — Disposition législative fédérale permettant à la Commission de l'assurance-emploi de faire une demande péremptoire de paiement pour recouvrer des sommes payées en trop — La disposition provinciale est-elle constitutionnellement inopérante à l'égard de la saisie-arrest prévue à la disposition fédérale? — Loi sur l'assurance-emploi, L.C. 1996, ch. 23, art. 126(4) — Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles, L.R.Q., ch. A-3.001, art. 144.

Droit de la Couronne — Prerogatives — Immunité — À titre de mandataire de la Couronne, la Commission de l'assurance-emploi bénéficie-t-elle d'une immunité reconnue par la common law qui rend l'art. 144 de la Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles inapplicable à la Couronne fédérale? — Convient-il d'examiner la doctrine de la prépondérance avant de déterminer si la Couronne peut invoquer une immunité? — Loi d'interprétation, L.R.C. 1985, ch. I-21, art. 17.

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

R. v. Sarrazin 505

Criminal law — Charge to jury — Included offences — Attempted murder — Accused charged with second degree murder — Whether potential verdict of attempted murder should have been left with jury.

Criminal law — Appeals — Powers of Court of Appeal — Application of curative proviso — Whether requirements for application of proviso should be relaxed — Whether proviso applies in this case — If so, whether conviction can be upheld pursuant to curative proviso — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 686(1)(b)(iii).

SOMMAIRE (Fin)

R. c. Banwait 533

Droit criminel — Procès — Exposé au jury — Meurtre au premier degré — Directives adéquates du juge du procès au jury quant au lien requis entre le meurtre et les notions de planification et de délibération.

R. c. Bouchard-Lebrun 575

Droit criminel — Moyens de défense — Troubles mentaux — Accusé a agressé deux individus alors qu'il se trouvait dans une psychose toxique provoquée par la consommation volontaire de drogues — Une psychose toxique dont les manifestations sont causées par un état d'intoxication volontaire peut-elle constituer un « trouble mental »? — L'article 33.1 du Code criminel restreint-il la portée de la défense de non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 16, 33.1.

R. c. Sarrazin 505

Droit criminel — Exposé au jury — Infractions comprises — Tentative de meurtre — Intimés accusés de meurtre au deuxième degré — Le verdict de culpabilité de tentative de meurtre aurait-il dû être soumis à l'appréciation du jury?

Droit criminel — Appels — Pouvoirs de la Cour d'appel — Application de la disposition réparatrice — Convient-il d'assouplir les conditions d'application de la disposition réparatrice? — La disposition s'applique-t-elle en l'espèce? — Dans l'affirmative, la déclaration de culpabilité peut-elle être maintenue par l'application de la disposition réparatrice? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 686(1)(b)(iii).

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

**Robert Sarrazin and
Darlind Jean** *Respondents*INDEXED AS: **R. v. SARRAZIN****2011 SCC 54**

File No.: 33917.

2011: April 18; 2011: November 4.

Present: McLachlin C.J. and Binnie, LeBel, Deschamps,
Fish, Abella, Charron, Rothstein and Cromwell JJ.ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ONTARIO*Criminal law — Charge to jury — Included offences — Attempted murder — Accused charged with second degree murder — Whether potential verdict of attempted murder should have been left with jury.**Criminal law — Appeals — Powers of Court of Appeal — Application of curative proviso — Whether requirements for application of proviso should be relaxed — Whether proviso applies in this case — If so, whether conviction can be upheld pursuant to curative proviso — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 686(1)(b)(iii).*

N was shot in the forearm and the abdomen and suffered life-threatening injuries, particularly to his liver. N was released from the hospital and was expected to make a full recovery. Five days later, he died as a result of a blood clot. In the autopsy, trace amounts of cocaine were detected in his blood, indicating cocaine consumption within 30 to 45 minutes of death. Expert testimony indicated that N might have died from complications arising from the ingested cocaine. At trial, the defence argued that a reasonable doubt had been raised as to whether the victim's death was or was not related to the shooting — even if the evidence showed the accused intended to kill the victim, there was a reasonable doubt on the medical evidence that they in fact caused the victim's death. The accused argued that the correct verdict in law to give such a finding (if it were made by the jury) would be to acquit the accused of murder,

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

**Robert Sarrazin et
Darlind Jean** *Intimés*RÉPERTORIÉ : **R. c. SARRAZIN****2011 CSC 54**

N° du greffe : 33917.

2011 : 18 avril; 2011 : 4 novembre.

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

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

*Droit criminel — Exposé au jury — Infractions comprises — Tentative de meurtre — Intimés accusés de meurtre au deuxième degré — Le verdict de culpabilité de tentative de meurtre aurait-il dû être soumis à l'appréciation du jury?**Droit criminel — Appels — Pouvoirs de la Cour d'appel — Application de la disposition réparatrice — Convient-il d'assouplir les conditions d'application de la disposition réparatrice? — La disposition s'applique-t-elle en l'espèce? — Dans l'affirmative, la déclaration de culpabilité peut-elle être maintenue par l'application de la disposition réparatrice? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 686(1)(b)(iii).*

N a été atteint de coups de feu à l'avant-bras et à l'abdomen et a subi des blessures mettant sa vie en danger, particulièrement la blessure au foie. N a obtenu son congé de l'hôpital et l'on s'attendait à ce qu'il se rétablisse complètement. Cinq jours plus tard, il est décédé d'un caillot sanguin. L'autopsie a révélé des traces de cocaïne dans son sang, ce qui indiquait que la cocaïne avait été consommée 30 à 45 minutes avant le décès. Selon le témoignage de l'expert, N aurait pu succomber par suite de complications découlant de l'ingestion de cocaïne. Au procès, la défense a plaidé qu'un doute raisonnable avait été soulevé quant à la question de savoir si le décès de la victime était lié ou non au coup de feu — même si la preuve a montré que les intimés avaient eu l'intention de tuer la victime, la preuve médicale soulevait un doute raisonnable sur la question de savoir si les accusés avaient effectivement

but convict them of attempted murder. The trial judge declined to put the option of attempted murder to the jury, and the accused were convicted of second degree murder. The majority of the Court of Appeal ordered a new trial by concluding that the trial judge's failure to afford the jury an opportunity to consider returning a verdict on an included offence, where that verdict was reasonably available, constituted a reversible error. The minority found that the trial judge's error was harmless in the circumstances of this case and would have applied the curative proviso on the basis that the jury was equipped with all the tools it needed to give the matter of causation careful consideration.

Held (Deschamps, Rothstein and Cromwell JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

Per McLachlin C.J. and Binnie, LeBel, Fish, Abella and Charron JJ.: The need to prove causation is common to both murder and manslaughter. The Crown must establish beyond a reasonable doubt that the shooting significantly contributed to the victim's death. If the evidence of the Crown pathologist left the members of the jury with a doubt on that account, then at most the accused could be convicted of an attempt to murder. If that view were taken by the jury (and of course we do not know what its members thought), the appropriate verdict (attempted murder) was not one of the options left open to them to consider. The accused had a right to the verdict of a properly instructed jury, and appellate courts must exercise prudence so as not to trespass on that fundamental right.

The dissenting judge in the Court of Appeal urged adoption of a more "holistic" approach to s. 686(1)(b)(iii) by lightening of the Crown's burden from a requirement to demonstrate an "overwhelming" case against the accused to the lesser standard of a "very strong" case, and to allow appellate courts to tolerate errors of law that while not "insignificant" are nevertheless "highly unlikely to have affected the result".

However, there is a significant difference between a legal error that can be confidently dismissed as "harmless", and an assessment that while the error is

causé le décès de la victime. Les accusés ont plaidé que le verdict qui s'imposait en droit au jury (s'il acceptait cette hypothèse) aurait été un acquittement relativement à l'accusation de meurtre, mais un verdict de culpabilité de tentative de meurtre. Le juge de première instance a refusé de soumettre au jury la possibilité de déclarer les accusés coupables de tentative de meurtre, et ces derniers ont été déclarés coupables de meurtre au deuxième degré. En Cour d'appel, les juges de la majorité ont ordonné la tenue d'un nouveau procès, statuant que le refus du juge de première instance de donner au jury une possibilité d'envisager de rendre un verdict relatif à l'infraction comprise, lorsqu'un tel verdict peut raisonnablement être prononcé, constituait une erreur donnant ouverture à révision. Le juge dissident a conclu que l'erreur du juge de première instance était inoffensive en l'espèce et il aurait appliqué la disposition réparatrice puisque le jury possédait tous les outils nécessaires pour procéder à un examen minutieux du lien de causalité.

Arrêt (les juges Deschamps, Rothstein et Cromwell sont dissidents) : Le pourvoi est rejeté.

La juge en chef McLachlin et les juges Binnie, LeBel, Fish, Abella et Charron : La nécessité d'établir le lien de causalité est commune au meurtre et à l'homicide involontaire coupable. Le ministère public doit établir hors de tout doute raisonnable que les coups de feu ont contribué de façon appréciable à la mort de la victime. Si le témoignage du pathologiste assigné par le ministère public a laissé les jurés dans l'incertitude à cet égard, les intimés pourraient, tout au plus, être déclarés coupables de tentative de meurtre. Si le jury adoptait ce point de vue (et, bien entendu, nous ne savons pas ce que pensaient les jurés), le verdict approprié (culpabilité de tentative de meurtre) ne figurait pas dans les options qui leur ont été présentées. Les intimés avaient droit à ce que le verdict soit prononcé par un jury ayant reçu des directives appropriées, et les cours d'appel doivent faire preuve de prudence afin de ne pas empiéter sur ce droit fondamental.

Le juge dissident en Cour d'appel a préconisé l'adoption, relativement au sous-al. 686(1)(b)(iii), d'une approche plus « globale » et, à cette fin, d'alléger le fardeau du ministère public afin qu'il ne soit plus tenu de présenter contre l'accusé une preuve « accablante », mais seulement une « très forte » preuve, et de permettre que les cours d'appel puissent tolérer des erreurs de droit qui, bien qu'elles ne soient pas « inoffensives », risquent « fort peu d'influer sur le résultat ».

Il y a toutefois une différence importante entre une erreur de droit que l'on peut écarter en toute confiance parce qu'elle est « inoffensive », et une évaluation selon

prejudicial, it is not (in the after-the-fact view of the appellate court) so prejudicial as to have affected the outcome. Such delicate assessments are foreign to the purpose of the curative proviso which is to avoid a retrial that would be superfluous and unnecessary but to set high the Crown's burden of establishing those prerequisites. The same can be said for the other branch of the curative proviso. As a result, the burden of the Crown to demonstrate an "overwhelming" case or a "harmless" error of law should not be relaxed.

The trial judge's error in failing to put to the jury the option of a lawful verdict that matched the theory of the defence and that was open to the jury on the evidence cannot be dismissed as "harmless" because it is impossible to be certain that if this had been done, and notwithstanding the correct instruction on murder, the verdict might not have been different. This is not a case where the triviality of the error itself or the lack of prejudice by a more serious error can justify the application of the curative proviso. A failure to instruct on a viable alternative verdict falls into neither category. Accordingly, in the circumstances of the present case, it is not open to the appellate court to apply the curative proviso to remedy the trial judge's error in his instruction to the jury.

Per Deschamps, Rothstein and Cromwell JJ. (dissenting): The issue is not whether the evidence of guilt was "overwhelming", nor is the Court's task here to try to predict what effect a particular line of argument might have had on the jury's assessment of a witness's credibility. The issue is whether there was any reasonable possibility that the error could have had any impact on the verdict. Failure to provide instructions on attempted murder would only have been relevant if the jury had a doubt about causation. The trial judge, by everyone's agreement, flawlessly directed the jury on the offence of murder, including the requirement that the shooting caused the deceased's death. The trial judge provided the jury with a decision tree which clearly indicated, as had the judge's instructions, that in order to convict, the jury must unanimously be of the view that the Crown had proved causation beyond a reasonable doubt. The jury deliberated for five days. They asked no questions about causation. They returned a verdict of guilty of second degree murder against both accused. The jury's verdict of guilty of second degree murder necessarily

laquelle l'erreur, bien qu'elle soit préjudiciable, n'est pas (selon l'examen que fait a posteriori la cour d'appel) préjudiciable au point d'avoir une incidence sur le résultat. Des évaluations aussi subtiles sont étrangères à l'objet de la disposition réparatrice qui consiste à éviter un nouveau procès qui serait superflu et inutile, tout en imposant un lourd fardeau au ministère public qui doit établir ces conditions préalables. Ce raisonnement vaut aussi pour l'autre élément de la disposition réparatrice. Par conséquent, il ne convient pas d'alléger le fardeau qu'a le ministère public de démontrer que la preuve est « accablante » ou qu'une erreur de droit est « inoffensive ».

L'erreur commise par le juge de première instance en refusant d'exposer à l'appréciation du jury la possibilité d'un verdict valable en droit qui correspondait à la thèse de la défense et que le jury pouvait prononcer compte tenu de la preuve ne peut être considérée comme une erreur « inoffensive » car nous ne pouvons être certains que, si cela avait été fait et malgré l'existence de directives justes en matière de meurtre, le verdict n'aurait pas pu être différent. Il ne s'agit pas en l'espèce d'une affaire dans laquelle le caractère anodin de l'erreur ou l'absence de préjudice résultant d'une erreur plus grave peuvent justifier l'application de la disposition réparatrice. L'omission de donner au jury des directives relatives à un autre verdict valable n'entre dans ni l'une ni l'autre de ces catégories. Par conséquent, compte tenu des circonstances de l'espèce, la Cour d'appel ne peut pas appliquer la disposition réparatrice pour corriger l'erreur commise par le juge de première instance dans ses directives au jury.

Les juges Deschamps, Rothstein et Cromwell (dissidents) : La question n'est pas de savoir si la preuve de la culpabilité était « accablante », et la Cour n'a pas à prédire l'effet qu'un argument donné aurait pu avoir sur l'appréciation, par le jury, de la crédibilité d'un témoin. Il s'agit de déterminer s'il existe une possibilité raisonnable que l'erreur ait pu avoir quelque incidence sur le verdict. L'absence de directives concernant l'infraction de tentative de meurtre n'aurait été pertinente que si le jury avait eu un doute à l'égard du lien de causalité. De l'avis de tous, le juge du procès a donné au jury des directives impeccables au sujet de l'infraction de meurtre, y compris quant à l'exigence que la mort du défunt ait été causée par les coups de feu. Il a soumis au jury une fourchette de décisions qui, tout comme ses directives, indiquaient clairement que pour prononcer un verdict de culpabilité les jurés devaient être unanimement d'avis que le ministère public avait prouvé hors de tout doute raisonnable l'existence du lien de causalité. Les jurés ont délibéré pendant cinq jours. Ils n'ont posé aucune question au sujet du lien de causalité. Ils ont rendu un

reflected the jury's finding, beyond a reasonable doubt, that the shooting had indeed caused the victim's death. That is the only conclusion with respect to causation that is consistent with the jury's verdict. Appellate courts should not speculate at the jury's expense and impute to jurors a subconscious failure to fulfill their sworn duty. Nor should they simply assert that the trial judge's omitted instruction to the jury gave rise to an injustice. Therefore, the Crown has discharged its burden to show that if the legal error here — the failure to instruct on attempted murder — had not been made, the result would inevitably have been the same.

Cases Cited

By Binnie J.

Referred to: *R. v. Poole* (1997), 91 B.C.A.C. 279; *R. v. Creighton*, [1993] 3 S.C.R. 3; *R. v. Nette*, 2001 SCC 78, [2001] 3 S.C.R. 488; *R. v. Jolivet*, 2000 SCC 29, [2000] 1 S.C.R. 751; *R. v. Khan*, 2001 SCC 86, [2001] 3 S.C.R. 823; *R. v. Van*, 2009 SCC 22, [2009] 1 S.C.R. 716; *R. v. Haughton*, [1994] 3 S.C.R. 516; *Gilbert v. The Queen*, [2000] HCA 15, 201 C.L.R. 414; *R. v. Jackson*, [1993] 4 S.C.R. 573.

By Cromwell J. (dissenting)

R. v. Khan, 2001 SCC 86, [2001] 3 S.C.R. 823; *R. v. Jolivet*, 2000 SCC 29, [2000] 1 S.C.R. 751; *R. v. Jackson*, [1993] 4 S.C.R. 573; *Gilbert v. The Queen*, [2000] HCA 15, 201 C.L.R. 414; *Bullard v. The Queen*, [1957] A.C. 635; *R. v. Coutts*, [2006] UKHL 39, [2006] 4 All E.R. 353; *R. v. Maxwell* (1990), 91 Cr. App. R. 61.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 11(f).
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 229(a), 660 to 662, 686(1)(a)(ii), (b)(iii).

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Doherty, Moldaver and Epstein JJ.A.), 2010 ONCA 577, 268 O.A.C. 200, 259 C.C.C. (3d) 293, 79 C.R. (6th) 151, [2010] O.J. No. 3748 (QL), 2010 CarswellOnt 6646, setting aside the accused's convictions for second degree murder and ordering a new trial. Appeal dismissed, Deschamps, Rothstein and Cromwell JJ. dissenting.

verdict de culpabilité de meurtre au deuxième degré contre les deux accusés. Ce verdict reflète nécessairement leur conclusion — tirée hors de tout doute raisonnable — que les coups de feu ont bel et bien causé la mort de la victime. En ce qui concerne le lien de causalité, c'est la seule conclusion qui soit compatible avec le verdict du jury. Les cours d'appel n'ont pas à faire des conjectures aux dépens du jury et à imputer aux jurés le fait d'avoir omis de façon inconsciente de s'acquitter de leur devoir solennel. Elles ne doivent pas non plus affirmer tout simplement que l'omission, par le juge du procès, de donner des directives au jury constitue une injustice. Par conséquent, le ministère public s'est acquitté du fardeau qui lui incombait de démontrer que, même si l'erreur de droit commise en l'espèce — à savoir l'omission de donner des directives à propos de l'infraction de tentative de meurtre — n'était pas survenue, l'issue du procès aurait inévitablement été la même.

Jurisprudence

Citée par le juge Binnie

Arrêts mentionnés : *R. c. Poole* (1997), 91 B.C.A.C. 279; *R. c. Creighton*, [1993] 3 R.C.S. 3; *R. c. Nette*, 2001 CSC 78, [2001] 3 R.C.S. 488; *R. c. Jolivet*, 2000 CSC 29, [2000] 1 R.C.S. 751; *R. c. Khan*, 2001 CSC 86, [2001] 3 R.C.S. 823; *R. c. Van*, 2009 CSC 22, [2009] 1 R.C.S. 716; *R. c. Haughton*, [1994] 3 R.C.S. 516; *Gilbert c. The Queen*, [2000] HCA 15, 201 C.L.R. 414; *R. c. Jackson*, [1993] 4 R.C.S. 573.

Citée par le juge Cromwell (dissident)

R. c. Khan, 2001 CSC 86, [2001] 3 R.C.S. 823; *R. c. Jolivet*, 2000 CSC 29, [2000] 1 R.C.S. 751; *R. c. Jackson*, [1993] 4 R.C.S. 573; *Gilbert c. The Queen*, [2000] HCA 15, 201 C.L.R. 414; *Bullard c. The Queen*, [1957] A.C. 635; *R. c. Coutts*, [2006] UKHL 39, [2006] 4 All E.R. 353; *R. c. Maxwell* (1990), 91 Cr. App. R. 61.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 11f).
Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 229a), 660 à 662, 686(1)a)(ii), b)(iii).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (les juges Doherty, Moldaver et Epstein), 2010 ONCA 577, 268 O.A.C. 200, 259 C.C.C. (3d) 293, 79 C.R. (6th) 151, [2010] O.J. No. 3748 (QL), 2010 CarswellOnt 6646, qui a annulé les déclarations de culpabilité de meurtre au deuxième degré prononcées contre les accusés et ordonné la tenue d'un nouveau procès. Pourvoi rejeté, les juges Deschamps, Rothstein et Cromwell sont dissidents.

James K. Stewart, for the appellant.

Russell Silverstein and *Ingrid Grant*, for the respondent Robert Sarrazin.

Philip Campbell and *Howard L. Krongold*, for the respondent Darlind Jean.

The judgment of McLachlin C.J. and Binnie, LeBel, Fish, Abella and Charron JJ. was delivered by

[1] BINNIE J. — The respondents were convicted by a jury of second degree murder. They contend, and the Crown now concedes, that the trial judge failed to instruct the members of the jury on the full range of verdicts reasonably open to them on the law and the evidence. Even if the evidence showed that they *intended* to kill the victim, the respondents say, there was a reasonable doubt on the medical evidence that they in fact *caused* the victim's death. He might have died from complications arising from cocaine ingested minutes before death. The Ontario Court of Appeal agreed unanimously on this view of events that a verdict of *attempted* murder was open to the jury, but the trial judge did not leave it with that option. In these circumstances, the accused would ordinarily be entitled to a new trial. However, s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46 (“*Cr. C.*”), the “curative proviso”, permits an appellate court to uphold a jury's verdict notwithstanding a trial judge's error of law, *provided* it is satisfied that no substantial wrong or miscarriage of justice has occurred.

[2] The question raised by the present appeal is whether this Court should relax the requirements for the application of the proviso, and whether, relaxed or not, the proviso applies in this case to deny the respondents the new trial ordered by the Ontario Court of Appeal.

[3] For the reasons that follow, I agree with the majority opinion in the Ontario Court of

James K. Stewart, pour l'appelante.

Russell Silverstein et *Ingrid Grant*, pour l'intimé Robert Sarrazin.

Philip Campbell et *Howard L. Krongold*, pour l'intimé Darlind Jean.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Binnie, LeBel, Fish, Abella et Charron rendu par

[1] LE JUGE BINNIE — Un jury a reconnu les intimés coupables de meurtre au deuxième degré. Ces derniers prétendent — et le ministère public le reconnaît maintenant — que le juge de première instance n'a pas donné aux jurés des directives sur tous les verdicts qu'ils pouvaient raisonnablement rendre au regard du droit et de la preuve. Même si la preuve a montré qu'ils *avaient eu l'intention* de tuer la victime, les intimés affirment que la preuve médicale soulevait un doute raisonnable sur la question de savoir s'ils *avaient causé* le décès de la victime. Il était possible que celle-ci ait succombé par suite de complications découlant de l'ingestion de cocaïne quelques minutes avant son décès. La Cour d'appel de l'Ontario a conclu à l'unanimité que, avec une telle interprétation des événements, les jurés auraient pu rendre un verdict de *tentative* de meurtre, mais que le juge de première instance ne leur a pas donné ce choix. Dans ces circonstances, les accusés ont habituellement droit à un nouveau procès. Cependant, la « disposition réparatrice », le sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46 (« *Code* »), permet à une cour d'appel de confirmer le verdict d'un jury, malgré une erreur de droit commise par le juge de première instance, *si* elle est convaincue qu'aucun tort important ou aucune erreur judiciaire grave ne s'est produit.

[2] La question que soulève le présent pourvoi consiste à décider si la Cour devrait assouplir les conditions d'application de la disposition réparatrice et si, assouplie ou non, cette disposition s'applique en l'espèce et a pour effet de refuser aux intimés le nouveau procès ordonné par la Cour d'appel de l'Ontario.

[3] Pour les motifs qui suivent, je souscris à l'opinion exprimée par les juges majoritaires de

Appeal. The rules governing the application of s. 686(1)(b)(iii) should not be relaxed. In my view, the proviso has no application in the circumstances of this case. As a result, the Crown's appeal should be dismissed.

I. Facts

[4] The victim, Apaid Noël, and the respondents were members of rival Haitian gangs in Montreal with a long history of violent acts against each other. In the early hours of February 19, 1998, the respondents Robert Sarrazin and Darlind Jean confronted Noël outside an Ottawa night club. One of the respondents was overheard to say [TRANSLATION] "You're going to die tonight". Sarrazin and Jean then left. They returned five minutes later. Sarrazin had armed himself with a sawed-off shotgun. After another brief verbal scuffle, Sarrazin pointed the weapon at Noël and fired the shotgun just as Noël reached out for it, shooting him in the forearm. As Jean and another person urged him to kill Noël, Sarrazin discharged the barrel into Noël's abdomen and fled. Noël collapsed and was rushed to hospital. The gunshot wound to his abdomen caused life-threatening injuries, particularly to his liver. Skilful surgical intervention and medical care saved his life, at least for a short time.

[5] Although Noël's post-operative progress was somewhat uneven, by March 13, 1998, he was doing well enough to be released from the hospital. Dr. Joel Freeman, his surgeon, expected that Noël would make a full recovery. Five days later, for reasons that are not entirely clear, he suddenly collapsed and died of a pulmonary thromboembolism (blood clot) that blocked the flow of blood to his lungs. Dr. Freeman described the death as a "freakish" medical happening. In the autopsy, trace amounts of cocaine were detected in Noël's blood. This presence of the drug indicated cocaine consumption within 30 to 45 minutes of death.

la Cour d'appel de l'Ontario. Les règles régissant l'application du sous-al. 686(1)(b)(iii) ne devraient pas être assouplies. À mon avis, la disposition réparatrice ne s'applique pas dans les circonstances de l'espèce. Par conséquent, l'appel du ministère public devrait être rejeté.

I. Faits

[4] La victime, Apaid Noël, et les intimés étaient membres de gangs haïtiens rivaux de Montréal, gangs qui se livrent depuis longtemps à des actes de violence l'un contre l'autre. Aux petites heures du matin le 19 février 1998, les intimés Robert Sarrazin et Darlind Jean se sont trouvés en présence de M. Noël à l'extérieur d'une boîte de nuit à Ottawa. On a entendu un des intimés dire : « Tu vas mourir ce soir . . . » MM. Sarrazin et Jean sont alors partis. Ils sont revenus cinq minutes plus tard. M. Sarrazin s'était muni d'un fusil de chasse à canon tronqué. Après une autre brève engueulade, M. Sarrazin pointé le fusil en direction de M. Noël et a fait feu au moment où ce dernier essayait d'attraper l'arme, l'atteignant à l'avant-bras. Alors que M. Jean et une autre personne insistaient pour qu'il tue M. Noël, M. Sarrazin a déchargé l'arme dans l'abdomen de la victime et a pris la fuite. M. Noël s'est effondré et a été amené d'urgence à l'hôpital. La décharge à l'abdomen de la victime lui a causé des blessures mettant sa vie en danger, particulièrement la blessure au foie. Une intervention chirurgicale habile ainsi que des soins médicaux lui ont sauvé la vie, au moins pendant quelque temps.

[5] Même si, après l'opération, l'état de santé de M. Noël ne s'améliorait pas de façon constante, le 13 mars 1998, il allait suffisamment bien pour qu'on lui accorde son congé de l'hôpital. Le D^r Joel Freeman, le chirurgien, s'attendait à ce que M. Noël se remette complètement. Cinq jours plus tard, pour des raisons qui ne sont pas tout à fait claires, ce dernier a soudainement perdu connaissance et il est décédé d'une thrombo-embolie pulmonaire (un caillot sanguin) qui a bloqué l'afflux du sang à ses poumons. Le D^r Freeman a qualifié le décès de « bizarrerie » médicale. L'autopsie a révélé des traces de cocaïne dans le sang de M. Noël. La présence de la cocaïne indiquait qu'elle avait été consommée 30 à 45 minutes avant le décès.

[6] Expert testimony indicated that the blood clot was probably related to the injuries sustained in the shooting, but, given that cocaine could cause hypercoagulability (propensity to develop blood clots), the pathologist called by the Crown refused at trial to rule out the possibility that the clot was *entirely* the result of the victim's consumption of cocaine. On cross-examination, Dr. Brian Johnston testified:

Q. Okay. So, given that we had a young man here with a clot, the source of which you could not determine definitively, you're not really able to rule out cocaine as having caused the clot to form, right?

A. I guess that is true, yes.

Q. Because, although -- it's a little difficult in Mr. Noël's case because he's had these injuries, he's had surgery, and then a month later he's deceased. It would be clearer if he'd had these injuries, had surgery, and a month later he walked out and was hit by a bus. We'd be able to say, you know, there's no relationship.

A. Correct.

Q. Here it is possible that his ingestion of cocaine is just like getting hit by that bus. The clot may have no relationship to any of the surgery or any of the injuries.

A. It's possible. I wouldn't think it'd be likely, but it's possible. [Emphasis added; A.R., vol. VIII, at p. 61.]

When pressed further, the pathologist added:

Q. So, you would agree that it is an issue in this particular case as to whether cocaine or the injury to the liver was the, I suppose the cause of the clot, you'd agree it's an issue about which reasonable pathologists could disagree.

A. Correct. [A.R., vol. VIII, at p. 78]

[7] The defence declined to call its own expert evidence on the causation issue but relied entirely

[6] Selon le témoignage des experts, le caillot sanguin était probablement lié aux blessures subies à la suite du coup de feu, mais, comme la cocaïne pouvait causer de l'hypercoagulabilité (une propension au développement de caillots sanguins), le pathologiste assigné par le ministère public a refusé au procès d'écarter la possibilité que le caillot ait résulté *entièrement* de la consommation de cocaïne de la victime. Durant son contre-interrogatoire, le D^f Brian Johnston a affirmé ce qui suit :

[TRADUCTION]

Q. D'accord. Donc, comme nous avons un jeune homme souffrant d'un caillot, dont vous n'avez pu déterminer la source avec certitude, vous n'êtes pas vraiment en mesure d'écarter la possibilité que la cocaïne ait causé la formation du caillot, n'est-ce pas?

R. Je suppose que c'est juste, oui.

Q. Car, bien que -- c'est un peu difficile dans le cas de M. Noël puisqu'il a subi ces blessures, on l'a opéré puis, un mois plus tard, il est mort. Ce serait plus évident s'il avait subi ces blessures, avait été opéré, et un mois plus tard, à sa sortie, il s'était fait frapper par un autobus. Nous serions alors capables de dire, vous savez, qu'il n'y a aucun lien.

R. Exact.

Q. Dans ce cas, il est possible que l'ingestion de cocaïne soit exactement comme le fait de se faire heurter par l'autobus. Le caillot pourrait ne pas avoir de lien avec l'opération ou les blessures.

R. C'est possible. Je ne pense pas que ce soit probable, mais c'est possible. [Je souligne; d.a., vol. VIII, p. 61.]

Invité à préciser sa pensée, le pathologiste a ajouté ce qui suit :

[TRADUCTION]

Q. Ainsi, vous admettez que, dans ce cas précis, on peut se demander si c'est l'ingestion de cocaïne ou la blessure au foie qui a été, supposons, la cause du caillot, vous convenez qu'il s'agit d'une question sur laquelle des pathologistes raisonnables pourraient ne pas s'entendre.

R. Exact. [d.a., vol. VIII, p. 78]

[7] La défense a choisi de ne pas présenter sa propre preuve d'experts sur le lien de causalité

on the comments of the Crown pathologist, which it said raised a reasonable doubt as to whether the victim's death was or was not related to the shooting.

II. Relevant Enactments ("The Curative Proviso")

[8] *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46

686. (1) On the hearing of an appeal against a conviction or against a verdict that the appellant is unfit to stand trial or not criminally responsible on account of mental disorder, the court of appeal

(a) may allow the appeal where it is of the opinion that

. . .

(ii) the judgment of the trial court should be set aside on the ground of a wrong decision on a question of law, or

. . .

(b) may dismiss the appeal where

. . .

(iii) notwithstanding that the court is of the opinion that on any ground mentioned in subparagraph (a)(ii) the appeal might be decided in favour of the appellant, it is of the opinion that no substantial wrong or miscarriage of justice has occurred . . .

III. Judicial History

A. *Ontario Superior Court of Justice*

[9] The respondents were initially tried in 2000, found guilty of second degree murder and sentenced to life imprisonment without eligibility for parole for 18 years. Identity was the principal issue in that first trial. Causation was not an issue. In April 2005, the Ontario Court of Appeal ordered a new trial primarily on the basis that the trial judge

et s'est fondée entièrement sur les commentaires du pathologiste assigné par le ministère public, lesquels, selon elle, soulevaient un doute raisonnable quant à savoir si le décès de la victime était lié ou non au coup de feu.

II. Dispositions législatives pertinentes (« la disposition réparatrice »)

[8] *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46

686. (1) Lors de l'audition d'un appel d'une déclaration de culpabilité ou d'un verdict d'inaptitude à subir son procès ou de non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux, la cour d'appel :

a) peut admettre l'appel, si elle est d'avis, selon le cas :

. . .

(ii) que le jugement du tribunal de première instance devrait être écarté pour le motif qu'il constitue une décision erronée sur une question de droit,

. . .

b) peut rejeter l'appel, dans l'un ou l'autre des cas suivants :

. . .

(iii) bien qu'elle estime que, pour un motif mentionné au sous-alinéa a)(ii), l'appel pourrait être décidé en faveur de l'appelant, elle est d'avis qu'aucun tort important ou aucune erreur judiciaire grave ne s'est produit . . .

III. Historique des procédures judiciaires

A. *Cour supérieure de justice de l'Ontario*

[9] Les intimés ont subi en 2000 un premier procès au terme duquel ils ont été déclarés coupables de meurtre au deuxième degré et condamnés à l'emprisonnement à perpétuité sans possibilité de libération conditionnelle avant 18 ans. Lors de ce procès, l'identité était la principale question en litige. Le lien de causalité n'était

had made errors in his ruling on the admissibility of certain evidence (75 O.R. (3d) 485).

[10] At the second trial (from which the present appeal is taken), the respondents again argued that the Crown had failed to prove that they were the individuals who had participated in the shooting. In addition, however, they now contended that the shooting of Apaid Noël on February 19, 1998 did not cause his death. In effect, they argued that even if the accused *intended* to kill the victim, they had not succeeded. The correct verdict in law to give such a finding (if it were made by the jury) would have been to acquit the respondents of murder, but convict them of attempted murder.

[11] In pre-charge discussions, the trial judge expressed some uncertainty over whether a verdict of attempted murder was available as an included offence, but said that he would instruct the jury on that offence if all counsel agreed that he should do so. The defence requested such an instruction. After some debate about the state of the law, Crown counsel took the position that no such verdict was available because of the wording of s. 662(3) *Cr. C.* as interpreted in *R. v. Poole* (1997), 91 B.C.A.C. 279. Accordingly, the trial judge declined to put attempted murder to the jury, but expressed to counsel serious concerns about the potential consequences of a decision not to do so:

What I was saying is that obviously if it turns out that attempt[ed] murder is an included offence, notwithstanding my opinion . . . , that will be a fatal error.

. . . .

. . . If the Court of Appeal does not [agree with me], then there's a fatal error because obviously . . . it should

pas en cause. En avril 2005, la Cour d'appel de l'Ontario a ordonné la tenue d'un nouveau procès, principalement au motif que le juge de première instance, avait commis des erreurs dans sa décision sur l'admissibilité de certains éléments de preuve (75 O.R. (3d) 485).

[10] Au deuxième procès (dont découle le présent pourvoi), les intimés ont de nouveau plaidé que le ministère public n'avait pas prouvé leur participation à la fusillade. Toutefois, ils ont de plus avancé pour la première fois que la blessure par balle qu'Apaid Noël avait subie le 19 février 1998 n'avait pas causé son décès. En fait, ils ont soutenu que, même si les accusés *avaient eu l'intention* de tuer la victime, ils n'y étaient pas parvenus. Le verdict qui s'imposait en droit au jury (s'il acceptait cette hypothèse) aurait été un acquittement relativement à l'accusation de meurtre, mais un verdict de culpabilité de tentative de meurtre.

[11] Dans les discussions qui ont précédé son exposé au jury, le juge de première instance a exprimé certains doutes quant à la possibilité que soit rendu un verdict de culpabilité de tentative de meurtre — en tant qu'infraction comprise —, mais il a dit qu'il donnerait au jury des directives relatives à cette infraction si tous les avocats convenaient qu'il devait le faire. La défense a demandé que ces directives soient données. À l'issue d'un débat sur l'état du droit, l'avocat du ministère public a affirmé qu'un tel verdict ne pouvait être prononcé en raison de l'interprétation donnée au par. 662(3) du *Code* dans l'arrêt *R. c. Poole* (1997), 91 B.C.A.C. 279. Le juge a donc refusé d'exposer à l'appréciation du jury la tentative de meurtre, mais il a fait part aux avocats de ses sérieuses préoccupations quant aux conséquences possibles de cette décision :

[TRADUCTION] Ce que je disais, c'est que, de toute évidence, s'il s'avère que la tentative de meurtre est comprise dans l'infraction, malgré ce que je pense [. . .], il s'agira d'une erreur fatale.

. . . .

. . . Si la Cour d'appel n'est pas [d'accord avec moi], alors c'est une erreur fatale parce que, de toute évidence, [. . .]

have been left. So, that's where we are. [A.R., vol. XII, at pp. 21 and 22]

[12] After deliberating for five days, the jury convicted both respondents of second degree murder. They were sentenced to life imprisonment without eligibility for parole for 18 years.

[13] The respondents have been in custody since their arrests in late February and early March 1998, respectively — a period of over 13 years.

B. *Ontario Court of Appeal, 2010 ONCA 577, 268 O.A.C. 200 (Doherty, Moldaver and Epstein J.J.A.)*

[14] The Court of Appeal was unanimous in upholding the availability in these circumstances of a verdict of attempted murder. The court divided on whether the verdict could nevertheless be upheld under s. 686(1)(b)(iii) *Cr. C.* Doherty J.A., and Epstein J.A. concurring, concluded that the trial judge's failure to instruct the jury that a finding of attempted murder was a possible verdict constituted an error of law which could not be saved by the curative proviso. The prosecution, he held, "cannot automatically rely on factual findings implicit in the jury's verdict" of second degree murder but must demonstrate

that there is no reasonable possibility that the verdict on the main charge was influenced by the misdirection or non-direction with respect to potential liability for an included offence. On this analysis, the failure to afford a jury an opportunity to consider returning a verdict on an included offence, where that verdict is reasonably available, will in most circumstances constitute reversible error unless the Crown can show that it had an overwhelming case on the main charge. [para. 87]

In Doherty J.A.'s view, a new trial was necessary because

il aurait fallu la soumettre à l'appréciation du jury. Alors, voilà où nous en sommes. [d.a., vol. XII, p. 21 et 22]

[12] Le jury a délibéré pendant cinq jours avant de déclarer les intimés coupables de meurtre au deuxième degré. Ces derniers ont été condamnés à une peine d'emprisonnement à perpétuité sans possibilité de libération conditionnelle avant 18 ans.

[13] Les intimés sont détenus depuis leur arrestation, à la fin de février et au début de mars 1998 respectivement, soit depuis plus de 13 ans.

B. *Cour d'appel de l'Ontario, 2010 ONCA 577, 268 O.A.C. 200 (les juges Doherty, Moldaver et Epstein)*

[14] La Cour d'appel a confirmé à l'unanimité la possibilité pour le jury de prononcer un verdict de tentative de meurtre dans de telles circonstances. La cour était partagée sur la question de savoir si le verdict pouvait néanmoins être confirmé aux termes du sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code*. Le juge Doherty, avec l'appui de la juge Epstein, a conclu que le refus du juge de première instance d'exposer aux jurés la possibilité de rendre un verdict de tentative de meurtre constituait une erreur de droit qui ne pouvait pas être corrigée par l'application de la disposition réparatrice. Selon lui, le ministère public [TRADUCTION] « ne peut pas automatiquement s'appuyer sur des conclusions factuelles implicites dans le verdict [de meurtre au deuxième degré] prononcé par le jury », mais doit démontrer

qu'il n'existe aucune possibilité raisonnable que le verdict sur l'accusation principale ait été influencé par des directives erronées ou par l'absence de directives relativement à la responsabilité éventuelle à l'égard d'une infraction comprise. Selon cette analyse, le fait de ne pas donner au jury la possibilité de rendre un verdict relatif à l'infraction comprise, lorsque ce verdict peut raisonnablement être prononcé, constituera dans la plupart des cas une erreur donnant lieu à révision, à moins que le ministère public puisse démontrer qu'il avait une preuve accablante quant à l'accusation principale. [par. 87]

Selon le juge Doherty, il était nécessaire de tenir un nouveau procès pour les raisons suivantes :

[m]anslaughter instructions directed at a possible doubt regarding the mental state required for murder do not allay my concern that the jury's finding of fact on the distinct question of causation may have been influenced by an instruction that a reasonable doubt regarding causation should lead to the appellants' outright acquittal. [para. 95]

[15] Moldaver J.A. (as he then was), though dissenting in the result, agreed with Doherty J.A. that the trial judge's failure to leave attempted murder with the jury constituted an error of law. However, he would have applied the curative proviso and dismissed the appeal, not on the basis of an overwhelming case against the accused, but rather on the basis that the trial judge's error was harmless in the circumstances of this case. In his view, the causation issue had been canvassed with the jury in depth by the Crown and defence counsel. The trial judge's charge to the jury on causation was exemplary. The jury was equipped with all the tools it needed to give the matter of causation careful consideration. If any of the jurors were troubled by the issue of causation, but considered it unpalatable to let the respondents go free, a compromise verdict (i.e. manslaughter or a hung jury) would have been expected. In the words of Moldaver J.A., it is "unreasonable, if not unfathomable, to think that a jury in those circumstances would render a verdict of murder, which would not only have been unresponsive to the [jury's] concern, but a dramatic betrayal of it" (para. 156).

[16] Further, in a footnote intended for the attention of this Court, Moldaver J.A. invited a relaxation of the present rules governing the prerequisites for the application of the curative proviso:

With respect, this is perhaps an area that the Supreme Court of Canada may wish to re-visit in view of the present-day complexity of the criminal law, the ever-increasing length of criminal trials, the practical difficulties involved in re-trying cases many years after the event, the added burden that lengthy re-trials

[TRADUCTION] Les directives sur l'homicide involontaire coupable en cas de doute relativement à l'état d'esprit requis pour le meurtre ne dissipent pas ma crainte que la conclusion de fait du jury sur la question distincte du lien de causalité ait pu être influencée par une directive selon laquelle un doute raisonnable quant au lien de causalité devrait mener à l'acquiescement complet des appelants. [par. 95]

[15] Bien que dissident quant au résultat, le juge Moldaver (maintenant juge de notre Cour) partageait le point de vue du juge Doherty selon lequel le refus du juge de première instance d'exposer au jury le verdict de tentative de meurtre constituait une erreur de droit. Cependant, il aurait appliqué la disposition réparatrice et rejeté l'appel, non pas sur le fondement d'une preuve accablante présentée contre les accusés, mais plutôt en raison du fait que l'erreur du juge de première instance était inoffensive en l'espèce. À son avis, les avocats du ministère public et de la défense avaient expliqué en détail au jury la question du lien de causalité. L'exposé du juge de première instance au jury sur la question du lien de causalité était exemplaire. Le jury avait tous les outils nécessaires pour procéder à un examen minutieux du lien de causalité. Si cette question troublait un des jurés, et qu'il estimait inacceptable de permettre aux intimés de s'en tirer, il aurait fallu qu'un verdict de compromis (c.-à-d. homicide involontaire coupable ou désaccord du jury) soit prononcé. Pour reprendre le propos du juge Moldaver, il est [TRADUCTION] « déraisonnable, voire incompréhensible, de penser qu'un jury dans ces circonstances prononcerait un verdict de meurtre qui, non seulement ne tiendrait pas compte des préoccupations [du jury], mais les trahirait carrément » (par. 156).

[16] De plus, dans une note en fin de texte à l'attention de notre Cour, le juge Moldaver a proposé un assouplissement des règles actuelles régissant les conditions d'application de la disposition réparatrice :

[TRADUCTION] Avec égards, voilà peut-être un domaine que la Cour suprême du Canada souhaite réexaminer compte tenu de la complexité actuelle du droit criminel, de la durée de plus en plus longue des procès criminels, des difficultés pratiques liées à une nouvelle instruction d'une affaire plusieurs années après les événements,

place on an already overburdened justice system, the right of victims to closure, the interests of finality and the public's overall confidence in the administration of justice. Perhaps in light of these modern-day realities, a more holistic approach to the application of the proviso would be preferable to the existing "pigeon-hole" model so that the proviso could be applied where an appellate court is satisfied that the evidence of guilt is very strong, although not quite overwhelming, and the legal error or errors, though not insignificant, are highly unlikely to have affected the result. [Underlining added; para. 107, footnote 13.]

In any event, whether or not the rules governing s. 686(1)(b)(iii) *Cr. C.* are to be relaxed, Moldaver J.A. would have applied it and upheld the convictions.

IV. Analysis

[17] The trial of these respondents boiled down to three issues — identification, intent and causation. Identification was resolved conclusively against them by the jury verdict and no more needs to be said about it. The jury must also have rejected any theory of accident and concluded that the respondents acted with murderous intent, that is to say that they either intended the death of Noël, or meant to cause him bodily harm which they knew would likely cause death and were reckless as to whether or not death resulted (s. 229(a) *Cr. C.*).

[18] Manslaughter occupies a different niche in the law of homicide. It does not require murderous intent. It requires only an objective foreseeability of the risk of bodily harm which is neither trivial nor transitory, in the context of a dangerous act. Foreseeability of the risk of death is not required (*R. v. Creighton*, [1993] 3 S.C.R. 3).

du fardeau supplémentaire qu'imposent au système judiciaire déjà surchargé de longs nouveaux procès, du droit des victimes de pouvoir tourner la page, de l'intérêt que présente le caractère définitif des décisions et de la confiance du public envers l'administration de la justice. Compte tenu de ces réalités modernes, il serait peut-être préférable d'adopter une approche plus globale à l'égard de l'application de la disposition réparatrice plutôt que l'approche actuelle de compartimentation de sorte que la disposition réparatrice pourrait être appliquée lorsqu'une cour d'appel est convaincue que la preuve de la culpabilité est très forte, bien qu'elle ne soit pas accablante, et qu'il est fort peu probable qu'une ou des erreurs de droit, bien qu'elles ne soient pas inoffensives, aient influé sur le résultat. [Je souligne; par. 107, note 13 en fin de texte.]

Quoi qu'il en soit, que les règles régissant le sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code* soient assouplies ou non, le juge Moldaver l'aurait appliqué et aurait maintenu les déclarations de culpabilité.

IV. Analyse

[17] Le procès des intimés s'est résumé à trois questions — l'identification, l'intention et le lien de causalité. Dans son verdict, le jury a tranché la question de l'identification de façon concluante à l'encontre des intimés et il n'y a rien de plus à ajouter à ce sujet. Le jury a aussi nécessairement rejeté la thèse de l'accident et a conclu que les intimés avaient eu l'intention de commettre un meurtre, c'est-à-dire qu'ils avaient eu l'intention de causer la mort de M. Noël, ou l'intention de lui causer des lésions corporelles qu'ils savaient être de nature à causer la mort et qu'il leur était indifférent que la mort s'ensuive ou non (al. 229a) du *Code*).

[18] L'homicide involontaire coupable occupe une niche différente dans le domaine du droit en matière d'homicide. Il ne nécessite pas une intention de commettre un meurtre. Il exige seulement une prévisibilité objective, dans le contexte d'un acte dangereux, du risque de lésions corporelles qui ne sont ni sans importance ni de nature passagère. La prévisibilité du risque de causer la mort n'est pas nécessaire (*R. c. Creighton*, [1993] 3 R.C.S. 3).

[19] The jury must have concluded that the appropriate way to characterize the respondents' intent was murder, not manslaughter.

A. *The Causation Dilemma*

[20] The need to prove causation is common to both murder and manslaughter. The Crown must establish beyond a reasonable doubt that the shooting significantly contributed to Noël's death (*R. v. Nette*, 2001 SCC 78, [2001] 3 S.C.R. 488, at para. 72). If the evidence of the Crown pathologist left the members of the jury with a doubt on that account, then at most the respondents could be convicted of an *attempt* to murder — an attempt foiled by the skill of the surgeon, Dr. Freeman. If that view were taken by the jury (and of course we do not know what its members thought), the appropriate verdict (attempted murder) was not one of the options given to them. Instead, the Crown took the position that the jury should be told to acquit the respondents if it had a reasonable doubt on the question of causation, a prospect which the jury may well have found disturbing. It was also wrong in law. As Arbour J. had pointed out in *Nette*, where “causation was not proven, a proper verdict might be attempted murder” (para. 47).

[21] On the Crown's view that attempted murder is not an included offence to murder, it would follow that if the jury had acquitted the respondents of murder, the Crown could have proceeded at a subsequent trial on a charge of attempted murder. The contrary view, that attempted murder *is* an included offence, is supported by Doherty J.A.'s meticulous analysis of the relevant *Criminal Code* provisions (ss. 660 to 662) and related case law. He concluded that “[t]he community as a whole and the participants in a criminal proceeding, be they accused, witness, juror, or investigator, are best served by a process that allows all issues to be resolved in a single trial” (para. 59). I cannot improve on his analysis and I will not repeat it. I

[19] Le jury doit avoir conclu que la façon appropriée de décrire l'intention des intimés était le meurtre et non l'homicide involontaire coupable.

A. *Le dilemme relatif au lien de causalité*

[20] La nécessité d'établir le lien de causalité est commune au meurtre et à l'homicide involontaire coupable. Le ministère public doit établir hors de tout doute raisonnable que le coup de feu a contribué de façon appréciable à la mort de M. Noël (*R. c. Nette*, 2001 CSC 78, [2001] 3 R.C.S. 488, par. 72). Si le témoignage du pathologiste assigné par le ministère public a laissé les jurés dans l'incertitude à cet égard, les intimés pourraient, tout au plus, être déclarés coupables de *tentative* de meurtre — une tentative déjouée par l'habileté du chirurgien, le D^r Freeman. Si le jury adoptait ce point de vue (et, bien entendu, nous ne savons pas ce que pensaient les jurés), le verdict approprié (culpabilité de tentative de meurtre) ne figurait pas dans les options qui leur ont été présentées. Le ministère public était plutôt d'avis que les jurés devraient recevoir comme directive d'acquitter les intimés s'ils avaient un doute raisonnable quant au lien de causalité, ce que les jurés auraient pu trouver troublant. Il s'agissait aussi d'une erreur de droit. Comme la juge Arbour l'a souligné dans *Nette*, dans le cas où « l'existence d'un lien de causalité [ne serait pas] établie, il pourrait convenir de rendre un verdict de culpabilité de tentative de meurtre » (par. 47).

[21] Si l'on acceptait le point de vue du ministère public selon lequel la tentative de meurtre n'est pas une infraction comprise dans le meurtre, il s'ensuivrait que si le jury avait acquitté les intimés de l'accusation de meurtre, le ministère public aurait pu leur intenter un nouveau procès sur une accusation de tentative de meurtre. Le point de vue contraire, selon lequel la tentative de meurtre *est* une infraction comprise, est étayé par l'analyse méticuleuse que le juge Doherty a faite des dispositions pertinentes du *Code criminel* (art. 660 à 662) et de la jurisprudence pertinente. Il a conclu que [TRADUCTION] « [l]a communauté dans son ensemble et les participants à l'instance criminelle, qu'il s'agisse des accusés, des témoins, des jurés ou

note that Moldaver J.A. agreed that the potential verdict of attempted murder should have been left with the jury and that it was an error of law not to do so.

B. Should the Rules Governing the Curative Proviso Be Relaxed?

[22] The statutory power of an appellate court to uphold the convictions of an accused person notwithstanding “a wrong decision on a question of law” at trial evidences Parliament’s recognition of the public interest in avoiding the cost and delay of retrials where a properly instructed jury at a retrial would inevitably reach the same verdict. This assessment is necessarily somewhat speculative, as no one really knows what the *actual* jury would have done if its members had been properly presented with all of the verdicts that might reasonably have arisen on the evidence. Of course, no one *can* know, since members of the jury cannot be questioned after the trial.

[23] The respondents had a right to the verdict of a properly instructed jury, and appellate courts must exercise prudence so as not to trespass on that fundamental right.

[24] Having said that, the public policy concerns expressed by Moldaver J.A. in footnote 13, set out above, are of course very real. The respondents have already been tried twice and convicted twice. If there is to be a third trial, it will require the participants to put to the test their recollection of fleeting events 13 or more years previously. As was said in *R. v. Jolivet*, 2000 SCC 29, [2000] 1 S.C.R. 751:

Ordering a new trial raises significant issues for the administration of justice and the proper allocation of resources. Where the evidence against an accused is powerful and there is no realistic possibility that a new

des enquêteurs, sont mieux servis par un processus permettant que toutes les questions soient résolues dans un même procès » (par. 59). Je ne peux pas améliorer son analyse et je ne la répéterai pas. Je souligne que le juge Moldaver a reconnu que la possibilité de prononcer un verdict de culpabilité de tentative de meurtre aurait dû être présentée à l’appréciation du jury et qu’il s’agissait d’une erreur de droit de ne pas le faire.

B. Convient-il d’assouplir l’application de la disposition réparatrice?

[22] Le pouvoir que la loi confère à une cour d’appel de confirmer les déclarations de culpabilité d’un accusé en dépit d’« une décision erronée sur une question de droit » au procès démontre que le législateur reconnaît l’intérêt, pour le public, d’éviter les frais et les délais qu’entraîne un nouveau procès à l’issue duquel un jury ayant reçu des directives appropriées rendrait inévitablement le même verdict. Cette évaluation est nécessairement conjecturale puisque nul ne sait vraiment ce que les jurés auraient fait *en l’espèce* s’ils s’étaient vu présenter tous les verdicts qu’ils auraient raisonnablement pu rendre au vu de la preuve. Évidemment, nul ne *peut* savoir, puisque les jurés ne peuvent pas être interrogés après le procès.

[23] Les intimés avaient droit à ce que le verdict soit prononcé par un jury ayant reçu des directives appropriées, et les cours d’appel doivent faire preuve de prudence afin de ne pas empiéter sur ce droit fondamental.

[24] Cela étant dit, les considérations d’ordre public exprimées par le juge Moldaver dans la note 13, précitée, sont bien réelles. Les intimés ont déjà subi deux procès et ont été déclarés coupables à deux reprises. S’il doit y avoir un troisième procès, les participants devront mettre à rude épreuve leur souvenir des événements survenus il y a au moins 13 ans. Comme la Cour l’a indiqué dans *R. c. Jolivet*, 2000 CSC 29, [2000] 1 R.C.S. 751 :

Ordonner la tenue d’un nouveau procès soulève des questions importantes relativement à l’administration de la justice et à l’affectation adéquate des ressources. Si la preuve contre l’accusé est forte et qu’il n’y a aucune

trial would produce a different verdict, it is manifestly in the public interest to avoid the cost and delay of further proceedings. Parliament has so provided. [para. 46]

The emphasis, necessarily, is on the words “no realistic possibility that a new trial would produce a different verdict”. Section 686(1)(b)(iii) *Cr. C.* explicitly manifests Parliament’s concern about the risk of a “substantial wrong or miscarriage of justice” and that concern is central to any proper approach to the interpretation of the section.

[25] In more recent cases, the Court has given greater precision to the interpretation of s. 686(1)(b)(iii) *Cr. C.* by generally limiting its application to cases where the evidence against an accused is *overwhelming* or where it can be safely said that the legal error was *harmless* because it could have had no impact on the verdict: *R. v. Khan*, 2001 SCC 86, [2001] 3 S.C.R. 823, at paras. 28-31; *R. v. Van*, 2009 SCC 22, [2009] 1 S.C.R. 716, at paras. 34-36. The Crown does not argue that the proviso should be applied because the evidence against the accused was overwhelming. To succeed, therefore, it must establish that the legal error of the trial judge was harmless.

[26] Moldaver J.A. refers to this Court’s refinement as a “‘pigeon-hole’ model”, and urges adoption of a more “holistic” approach, i.e. looking at the thrust of s. 686(1)(b)(iii) *Cr. C.* taken as a whole rather than analyzed in terms of component branches. This, he suggests, should be accompanied by a lightening of the Crown’s burden from a requirement to demonstrate an “overwhelming” case against the accused to the lesser standard of a “very strong” case, and to allow appellate courts to tolerate errors of law that while not “insignificant” are nevertheless “highly unlikely to have affected the result”. The message is that we have too many retrials and something should be done about it.

possibilité réaliste qu’un nouveau procès aboutisse à un verdict différent, il est manifestement dans l’intérêt public d’éviter les coûts et retards qu’entraînent des procédures supplémentaires. C’est ce que le législateur a prévu. [par. 46]

L’accent est nécessairement mis sur les mots « aucune possibilité réaliste qu’un nouveau procès aboutisse à un verdict différent ». Le sous-alinéa 686(1)(b)(iii) du *Code* reflète expressément la préoccupation du législateur au sujet du risque qu’un « tort important ou [une] erreur judiciaire grave » se produise, et cette préoccupation est au cœur même de toute méthode valable d’interprétation de la disposition.

[25] Dans des arrêts plus récents, la Cour a précisé l’interprétation du sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code* en limitant généralement son application aux cas où la preuve contre un accusé est *accablante* ou aux cas où il est possible d’affirmer avec certitude que l’erreur de droit était *inoffensive* puisqu’elle n’aurait pu avoir aucune incidence sur le verdict : *R. c. Khan*, 2001 CSC 86, [2001] 3 R.C.S. 823, par. 28-31; *R. c. Van*, 2009 CSC 22, [2009] 1 R.C.S. 716, par. 34-36. Le ministère public ne prétend pas que la disposition réparatrice devrait être appliquée parce que la preuve contre les accusés était accablante. Pour avoir gain de cause, il doit donc établir que l’erreur de droit commise par le juge de première instance était inoffensive.

[26] Le juge Moldaver affirme que la précision de notre Cour est une [TRADUCTION] « approche [. . .] de compartimentation » et il préconise l’adoption d’une approche plus « globale », soit en examinant le sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code* dans son ensemble plutôt qu’en analysant les diverses composantes. Selon lui, il faudrait par la même occasion alléger le fardeau du ministère public afin qu’il ne soit plus tenu de présenter contre l’accusé une preuve « accablante », mais seulement une « très forte » preuve, et permettre que les cours d’appel puissent tolérer des erreurs de droit qui, bien qu’elles ne soient pas « inoffensives », risquent « fort peu [. . .] [d’]influ[er] sur le résultat ». Le message est le suivant : il y a trop de nouveaux procès et des mesures doivent être prises.

[27] I accept that retrials will often impose a serious burden both on the witnesses and the public purse, as well as the courts generally, and that the outcome of a retrial will often be the same as the original trial. However, I respectfully do not agree that the burden on the Crown to avoid a retrial should be watered down. An individual charged with a serious offence (i.e. punishable by imprisonment for five years or more) has the right to a trial by jury (*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, s. 11(f)), and is ordinarily entitled to the verdict of a properly instructed jury. Experience has shown that in a case of overwhelming evidence or harmless error, the courts can safely proceed on the basis that “there is no realistic possibility that a new trial would produce a different verdict” (*Jolivet*, at para. 46). Otherwise, the law should follow its course and a new trial result.

[28] It seems to me that there is a significant difference between an error of law that can be confidently dismissed as “harmless”, and an assessment that while the error is prejudicial, it is not (in the after-the-fact view of the appellate court) *so* prejudicial as to have affected the outcome. Such delicate assessments are foreign to the purpose of the curative proviso which is to avoid a retrial that would be superfluous and unnecessary but to set high the Crown’s burden of establishing those prerequisites. The same can be said for the other branch of the curative proviso. As a result, the burden of the Crown to demonstrate an “overwhelming” case or a “harmless” error of law should not be relaxed.

C. *Should a New Trial Be Ordered in This Case?*

[29] The judges in the court below were unanimous in concluding that the prosecution’s case for second degree murder was not “overwhelming”.

[27] Je reconnais que les nouveaux procès imposent souvent un lourd fardeau aux témoins, au trésor public ainsi qu’aux tribunaux en général, et que l’issue d’un nouveau procès sera souvent identique à celle du premier procès. Cependant, avec égards, je ne crois pas qu’il faille alléger le fardeau qui incombe au ministère public d’éviter les nouveaux procès. Une personne accusée d’une infraction grave (c.-à-d. une infraction punissable d’un emprisonnement de cinq ans ou plus) a droit à un procès avec jury (*Charte canadienne des droits et libertés*, al. 11f)) et a généralement droit à un verdict prononcé par un jury ayant reçu des directives appropriées. L’expérience démontre que, dans le cas d’une preuve accablante ou d’une erreur inoffensive, les tribunaux peuvent affirmer sans crainte qu’« il n’y a aucune possibilité réaliste qu’un nouveau procès aboutisse à un verdict différent » (*Jolivet*, par. 46). Autrement, le droit devrait suivre son cours et aboutir à la tenue d’un nouveau procès.

[28] Il me semble y avoir une différence importante entre une erreur de droit que l’on peut écarter en toute confiance parce qu’elle est « inoffensive », et une évaluation selon laquelle l’erreur, bien qu’elle soit préjudiciable, n’est pas (selon l’examen que fait a posteriori la cour d’appel) préjudiciable *au point* d’avoir une incidence sur le résultat. Des évaluations aussi subtiles sont étrangères à l’objet de la disposition réparatrice qui consiste à éviter un nouveau procès qui serait superflu et inutile, tout en imposant un lourd fardeau au ministère public qui doit établir ces conditions préalables. Ce raisonnement vaut aussi pour l’autre élément de la disposition réparatrice. Par conséquent, il ne convient pas d’alléger le fardeau qu’a le ministère public de démontrer que la preuve est « accablante » ou qu’une erreur de droit est « inoffensive ».

C. *Convient-il d’ordonner la tenue d’un nouveau procès en l’espèce?*

[29] Les juges de la Cour d’appel ont conclu à l’unanimité que la preuve d’un meurtre au deuxième degré qui incombait à la poursuite n’était

I agree with that conclusion. Where the learned judges differed was whether the error was harmless.

[30] Moldaver J.A. was of the view that a new trial was unnecessary, but he nevertheless acknowledged that “[t]he governing principle is that the curative proviso will generally not be available in cases where an included offence (or in this case, a lesser offence) is not left with the jury and the jury convicts of a more serious offence” (para. 137 (emphasis added)). In his view, however, the decision in *R. v. Haughton*, [1994] 3 S.C.R. 516, where the issue was the subjective foresight of the victim’s death, allows an appellate court in some circumstances to apply the curative proviso on the basis of factual findings implicit in a murder conviction where the jury is instructed on an included offence but the instruction is tainted by legal error.

[31] Whether or not implicit findings of fact can be relied on for this purpose in such a case will depend on the circumstances, as Moldaver J.A. acknowledges (para. 165). It may be possible in the case of some errors of law to “trace their effect on the verdict and ensure that they made no difference” (*Khan*, at para. 30), but I do not believe it can be done in this case. The errors referred to by the Court in *Khan* referred to cases where the “triviality of the error itself, or the lack of prejudice caused by a more serious error of law”, attracted the application of the curative proviso (*ibid.*). A failure to instruct on a viable alternative verdict falls into neither category. I agree with Doherty J.A. that “failure to afford a jury an opportunity to consider returning a verdict on an included offence, where that verdict is reasonably available, will in most circumstances constitute reversible error” (para. 87). In my view, that general rule should apply here, and the Crown’s argument to the contrary should be rejected not because of a concern that “the palatability of a potential verdict [of acquittal] may have played a role in

pas « accablante ». Je souscris à cette conclusion. Les juges ne s’entendaient pas cependant sur la question de savoir si l’erreur était inoffensive.

[30] Le juge Moldaver était d’avis que la tenue d’un nouveau procès n’était pas nécessaire, mais il a tout de même reconnu que [TRADUCTION] « [l]e principe directeur de la disposition réparatrice veut qu’elle ne sera généralement pas appliquée dans les cas où une infraction comprise (ou en l’espèce, une infraction moins grave) n’est pas soumise à l’appréciation du jury et que ce dernier déclare l’accusé coupable d’une infraction plus grave » (par. 137 (je souligne)). Toutefois, selon lui, l’arrêt *R. c. Haughton*, [1994] 3 R.C.S. 516, où la question portait sur la prévision subjective du décès de la victime, permet à une cour d’appel, dans certaines circonstances, d’appliquer la disposition réparatrice en se fondant sur les conclusions factuelles qui se dégagent de la déclaration de culpabilité pour meurtre lorsque le jury reçoit des directives concernant une infraction comprise, mais que ces directives sont entachées d’une erreur de droit.

[31] La question de savoir si les conclusions factuelles implicites peuvent être invoquées à cette fin dans un tel cas dépendra des circonstances, comme le juge Moldaver l’a reconnu (par. 165). Il peut être possible dans le cas de certaines erreurs de droit de « déterminer les incidences sur le verdict et de s’assurer qu’elles n’y avaient rien changé » (*Khan*, par. 30), mais je ne crois pas que cela puisse se faire en l’espèce. Les erreurs que relève la Cour dans *Khan* renvoient à des affaires dans lesquelles le « caractère anodin de l’erreur ou l’absence de préjudice résultant d’une erreur de droit plus grave » ont justifié l’application de la disposition réparatrice (*ibid.*). L’omission de donner au jury des directives relatives à un autre verdict valable n’entre dans ni l’une ni l’autre de ces catégories. Je suis d’accord avec le juge Doherty pour dire que [TRADUCTION] « le fait de ne pas donner au jury la possibilité de rendre un verdict relatif à l’infraction comprise, lorsque ce verdict peut raisonnablement être prononcé, constituera dans la plupart des cas une erreur donnant lieu à révision » (par. 87). À mon avis, cette règle générale s’applique en

the jury's decision" (Moldaver J.A., at para. 162), but because the jury was never presented with the option of delivering a verdict (attempted murder) that matched an important branch of the theory of the defence.

[32] The defence *did* secure significant admissions in the cross-examination of the pathologist called by the Crown, Dr. Brian Johnston, who actually performed the autopsy on the victim. He did not rule out cocaine as the sole cause of death, and he agreed that on the issue of the cause of death "reasonable pathologists could disagree" as to whether death was caused by the gunshot wound or by the effects of cocaine (A.R., vol. VIII, at p. 78).

[33] While Dr. Joel Freeman, the surgeon who operated on Noël after the shooting, was clearly of the view that death resulted from the injuries inflicted by the gunshot, he described the death as wholly unexpected:

Q. ... [Y]ou said you'd never seen someone die from a fatal pulmonary embolism in the circumstances that existed in this case, right? That kind of circumstance?

A. That's right.

Q. In fact, it would be fair to say in your mind it's really, sort of, a freak situation that anything like this could have happened to him?

A. That's correct. [A.R., vol. IX, at p. 184]

Dr. Freeman did not participate in the autopsy.

[34] Those admissions *did* lay an evidentiary foundation for the conclusion that even if murderous intent were found to have existed, there remained a reasonable doubt on the issue of causation.

l'espèce et l'argument du ministère public à l'effet contraire devrait être rejeté non pas par crainte que [TRADUCTION] « la possibilité d'un autre verdict [l'acquiescement] a peut-être influencé la décision du jury » (le juge Moldaver, par. 162), mais parce que le jury ne s'est jamais vu offrir la possibilité de rendre un verdict (la tentative de meurtre) qui correspondait à un aspect important de la thèse de la défense.

[32] La défense *a effectivement* obtenu des admissions importantes lors du contre-interrogatoire du pathologiste assigné par le ministère public, le D^r Brian Johnston, qui a pratiqué l'autopsie sur la victime. Il n'a pas écarté la possibilité que la cocaïne soit la seule cause du décès, et il a reconnu que, pour ce qui est de la cause du décès, [TRADUCTION] « des pathologistes raisonnables pourraient ne pas s'entendre » sur la question de savoir si le décès a été causé par la blessure par balle ou par les effets de la cocaïne (d.a., vol. VIII, p. 78).

[33] Bien que le D^r Joel Freeman, le chirurgien qui a opéré M. Noël après la fusillade, était clairement d'avis que le décès était attribuable aux blessures infligées par le coup de feu, il a affirmé que le décès était tout à fait inattendu :

[TRADUCTION]

Q. ... [V]ous avez dit que vous n'aviez jamais vu quelqu'un mourir d'une embolie pulmonaire fatale dans les circonstances de l'espèce, n'est-ce pas? Ce genre de circonstances?

R. C'est vrai.

Q. En fait, il serait juste de dire que vous estimez qu'il s'agit vraiment, plutôt, d'une bizarrerie que tout ça ait pu lui arriver?

R. Tout à fait. [d.a., vol. IX, p. 184]

Le D^r Freeman n'a pas participé à l'autopsie.

[34] Ces aveux *ont effectivement* permis de conclure par cette preuve que même s'il était jugé que les accusés avaient eu l'intention de commettre un meurtre, il restait un doute raisonnable quant au lien de causalité.

[35] It is true, as Moldaver J.A. emphasized, that in the end, the jury *did* deliver a verdict of second degree murder. However, it is not enough to say that it was open to the jury to come to a compromise verdict of manslaughter.

[36] Such a verdict would be quite wrong if, in the jury's view, the respondents acted with murderous intent, and the troubling issue was whether Noël's death was caused by their conduct. As Callinan J. observed in *Gilbert v. The Queen*, [2000] HCA 15, 201 C.L.R. 414, "It is contrary to human experience that in situations in which a choice of decisions may be made, what is chosen will be unaffected by the variety of the choices offered, particularly when, as here, a particular choice was not the only or inevitable choice" (para. 101). In the present case, although the jury had the option of a verdict of manslaughter or no verdict at all, they were not provided with the choice of attempted murder which would have corresponded with an important defence argument.

[37] A related point arose in *R. v. Jackson*, [1993] 4 S.C.R. 573. After a trial involving a charge of first degree murder against two individuals, the trial judge set out a number of plausible scenarios, but in none of them was it suggested that one of the accused (Davy) might only be guilty of manslaughter. The jury returned a verdict of second degree murder against him. Having concluded that failure to leave manslaughter with the jury was an error, McLachlin J. (as she then was), for the majority of the Court, declined to apply the curative proviso because

I am not satisfied that it is clear that a jury, properly instructed, would necessarily have returned a verdict of second degree murder against Davy. He was entitled to have the verdict of manslaughter clearly put to the jury. We cannot be certain that if this had been done,

[35] Il est vrai, comme l'a souligné le juge Moldaver, qu'en fin de compte, le jury a rendu un verdict de culpabilité de meurtre au deuxième degré. Cependant, il ne suffit pas de dire que le jury pouvait arriver à un compromis et prononcer un verdict de culpabilité d'homicide involontaire coupable.

[36] Il serait vraiment injustifié de rendre un tel verdict si, selon les jurés, les intimés avaient agi avec l'intention de commettre un meurtre et si la question troublante était de savoir si le décès de M. Noël avait été causé par leur conduite. Comme le juge Callinan l'a fait remarquer dans *Gilbert c. The Queen*, [2000] HCA 15, 201 C.L.R. 414, [TRADUCTION] « [i] est contraire à l'expérience humaine que, dans les situations où un choix parmi des décisions peut être fait, le choix de la décision ne sera pas influencé par la variété des choix offerts, surtout quand, comme en l'espèce, un choix en particulier n'était pas le seul choix ou le choix inévitable » (par. 101). En l'espèce, bien que le jury ait eu le choix entre un verdict de culpabilité d'homicide involontaire coupable et aucun verdict, il n'avait pas la possibilité de choisir un verdict de culpabilité de tentative de meurtre, lequel aurait correspondu à un argument important de la défense.

[37] Une question connexe a été soulevée dans l'arrêt *R. c. Jackson*, [1993] 4 R.C.S. 573. À l'issue d'un procès sur une accusation de meurtre au premier degré intenté contre deux personnes, le juge de première instance a exposé un certain nombre de scénarios plausibles, mais dans aucun cas n'a-t-il indiqué que l'un des accusés (Davy) pourrait n'être coupable que d'homicide involontaire coupable. Le jury l'a reconnu coupable de meurtre au deuxième degré. Ayant conclu que le fait de ne pas soumettre l'homicide involontaire coupable à l'appréciation du jury était une erreur, la juge McLachlin (maintenant Juge en chef) rédigeant les motifs des juges majoritaires de la Cour, a refusé d'appliquer la disposition réparatrice pour les raisons suivantes :

Je ne suis pas convaincue qu'il est évident qu'un jury, ayant reçu des directives appropriées, aurait nécessairement prononcé contre Davy un verdict de culpabilité de meurtre au deuxième degré. Davy avait droit à ce que la possibilité d'un verdict de culpabilité

and notwithstanding the correct instruction on murder, that the verdict might not have been different. This is, consequently, not a proper case for the application of s. 686(1)(b)(iii). [pp. 593-94]

[38] In the present case, counsel for the defence *did* request that the jury charge include an instruction on “attempted murder” — which would have been open to the jury to accept on the evidence. Though the trial judge was willing to do so initially, he declined to do so following the Crown’s objection.

[39] I do not think the trial judge’s error in failing to put to the jury the option of a lawful verdict that matched the theory of the defence and that was open to the jury on the evidence can be dismissed as “harmless” because, in the language of *Jackson*, “[w]e cannot be certain that if this had been done, and notwithstanding the correct instruction on murder, that the verdict might not have been different” (pp. 593-94). In the circumstances of the present case, it is not open to the appellate court to apply the curative proviso to remedy this mistake.

[40] The trial judge himself commented, as mentioned, that “if it turns out that attempt[ed] murder is an included offence, notwithstanding my opinion . . . , that will be a fatal error” (A.R., vol. XII, at p. 21). I believe that the trial judge was correct in that observation.

V. Disposition

[41] I would dismiss the appeal.

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

[42] CROMWELL J. (dissenting) — I agree with my colleague Binnie J., for the reasons he sets out, that attempted murder was an offence which ought to have been left to the jury and that we should not “water down” our approach to applying the

d’homicide involontaire coupable soit clairement soumise à l’appréciation du jury. Nous ne pouvons être certains que, si cela avait été fait et malgré l’existence des directives justes en matière de meurtre, le verdict n’aurait pas pu être différent. Il ne s’agit donc pas d’un cas où il convient d’appliquer le sous-al. 686(1)(b)(iii). [p. 593-594]

[38] En l’espèce, l’avocat de la défense *a* demandé que l’exposé au jury comprenne une directive sur la « tentative de meurtre » — que le jury aurait pu accepter ou non compte tenu de la preuve. Bien que le juge de première instance ait d’abord accepté de le faire, il a refusé lorsque le ministère public s’y est opposé.

[39] Je ne crois pas que l’erreur commise par le juge de première instance en refusant d’exposer à l’appréciation du jury la possibilité d’un verdict valable en droit qui correspondait à la thèse de la défense et que le jury pouvait prononcer compte tenu de la preuve puisse être considérée comme une erreur « inoffensive » car, suivant l’arrêt *Jackson*, « [n]ous ne pouvons être certains que, si cela avait été fait et malgré l’existence des directives justes en matière de meurtre, le verdict n’aurait pas pu être différent » (p. 593-594). Compte tenu des circonstances de l’espèce, la Cour d’appel ne pouvait pas appliquer la disposition réparatrice pour corriger cette erreur.

[40] Le juge de première instance lui-même a déclaré, comme je l’ai déjà signalé, que [TRADUCTION] « s’il s’avère que la tentative de meurtre est comprise dans l’infraction, malgré ce que je pense [. . .], il s’agira d’une erreur fatale » (d.a., vol. XII, p. 21). J’estime qu’il avait raison.

V. Décision

[41] Je suis d’avis de rejeter le pourvoi.

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

[42] LE JUGE CROMWELL (dissident) — Pour les raisons exposées par le juge Binnie dans ses motifs, je suis d’accord avec lui pour dire que la tentative de meurtre était une infraction que le juge du procès aurait dû soumettre au jury et que nous ne

proviso as proposed by Moldaver J.A. (as he then was) dissenting in the Court of Appeal. However, I respectfully disagree with my colleague on the application of the proviso in the circumstances of this case. No one questions that the trial judge gave the jury complete and accurate instructions on causation. The jury's verdict necessarily means that they were persuaded beyond a reasonable doubt that the gunshots caused the deceased's death. The admitted error was failing to provide instructions on attempted murder. Those instructions would only have been relevant if the jury had a doubt about causation, which, as their verdict unambiguously attests, they did not. In those circumstances, in my respectful opinion, the error clearly had no impact on the verdict. I would allow the appeal and restore the convictions entered at trial.

[43] The trial judge, by everyone's agreement, flawlessly directed the jury on the offence of murder, including the requirement that the shooting caused the deceased's death. The trial judge provided the jury with a decision tree which clearly indicated, as had the judge's instructions, that in order to convict, the jury must unanimously be of the view that the Crown had proved causation beyond a reasonable doubt (A.R., vol. XV, at p. 157). The jury deliberated for five days. They asked no questions about causation. They returned a verdict of guilty of second degree murder against both respondents. The jury's verdict of guilty of second degree murder necessarily reflected the jury's finding, beyond a reasonable doubt, that the shooting had indeed caused the deceased's death. That is the only conclusion with respect to causation that is consistent with the jury's verdict.

[44] I accept that the trial judge erred in law by failing to instruct the jury about the possible verdict of attempted murder. It was fairly available on the

devrions pas « diluer » notre approche relativement à l'application de la disposition réparatrice de la manière proposée par le juge Moldaver (maintenant juge de notre Cour), dissident en Cour d'appel. Toutefois, je ne peux me rallier à l'opinion de mon collègue quant à l'application de cette disposition dans les circonstances de l'espèce. Personne ne met en doute que le juge du procès a donné aux jurés des directives exactes et exhaustives sur la question du lien de causalité. Il ressort nécessairement du verdict rendu par les jurés que ceux-ci étaient convaincus hors de tout doute raisonnable que les coups de feu avaient causé la mort du défunt. L'erreur — qui est d'ailleurs admise — est l'absence de directives concernant l'infraction de tentative de meurtre. Ces directives n'auraient cependant été pertinentes que si le jury avait eu un doute à l'égard du lien de causalité, ce qui n'est pas le cas, comme en témoigne de façon non équivoque son verdict. À mon humble avis, dans ces circonstances l'erreur en cause n'a manifestement eu aucune incidence sur le verdict. J'accueillerais le pourvoi et je rétablirais les déclarations de culpabilité inscrites au procès.

[43] De l'avis de tous, le juge du procès a donné au jury des directives impeccables au sujet de l'infraction de meurtre, y compris quant à l'exigence que la mort du défunt ait été causée par les coups de feu. Il a soumis au jury une fourchette de décisions qui, tout comme ses directives, indiquaient clairement que pour prononcer un verdict de culpabilité les jurés devaient être unanimement d'avis que le ministère public avait prouvé hors de tout doute raisonnable l'existence du lien de causalité (d.a., vol. XV, p. 157). Les jurés ont délibéré pendant cinq jours. Ils n'ont posé aucune question au sujet du lien de causalité. Ils ont rendu un verdict de culpabilité de meurtre au deuxième degré contre les deux intimés. Ce verdict reflète nécessairement leur conclusion — tirée hors de tout doute raisonnable — que les coups de feu ont bel et bien causé la mort du défunt. En ce qui concerne le lien de causalité, c'est la seule conclusion qui soit compatible avec le verdict du jury.

[44] Je reconnais que le juge du procès a commis une erreur de droit en ne précisant pas au jury dans ses directives qu'il pouvait rendre un verdict de

evidence. The Crown has not pressed the rather technical argument that ultimately persuaded the trial judge that he could not leave that option with the jury. The question is whether the Crown has discharged its burden to show that this error, which is not a minor one viewed in the abstract, in fact had no impact on the verdict: *R. v. Khan*, 2001 SCC 86, [2001] 3 S.C.R. 823, at para. 30.

[45] As noted, it is not suggested that the jury was misdirected on the issue of causation or reasonable doubt or anything else for that matter. In the event that the jury had not been persuaded beyond a reasonable doubt on the issue of causation, attempted murder would have been a possible verdict for them to consider. However, the jury's verdict is inconsistent with that possibility. In my respectful view, the trial judge's failure to give directions on the offence of attempted murder could not possibly have had any effect on the outcome of this trial, and it may safely be said that this omission occasioned no substantial wrong or miscarriage of justice.

[46] The jury's findings may be considered in assessing the impact of an error. Of course, care must be taken in doing so. Findings that might have been influenced by an error cannot be relied on, for example. However, it is clearly the case that the jury's findings, to the extent that they could not have been affected by any error, may be considered and given weight in assessing whether the error could possibly have affected the result.

[47] *R. v. Jolivet*, 2000 SCC 29, [2000] 1 S.C.R. 751, is an example. There, the Crown had indicated an intention to call a witness and then had failed to do so. The trial judge erred by refusing to allow defence counsel to comment on this in his closing address to the jury. The Court applied the proviso. The conviction, the Court reasoned, showed

tentative de meurtre. Compte tenu de la preuve, il leur était certainement loisible de prononcer un tel verdict. Le ministère public n'a pas insisté sur l'argument plutôt technique qui a en définitive convaincu le juge du procès qu'il ne pouvait pas soumettre ce verdict au jury. La question consiste à se demander si le ministère public s'est acquitté de son obligation de démontrer que cette erreur qui, considérée dans l'abstrait, n'est pas sans importance, n'a dans les faits toutefois eu aucune incidence sur le verdict : *R. c. Khan*, 2001 CSC 86, [2001] 3 R.C.S. 823, par. 30.

[45] Comme je l'ai souligné plus tôt, personne ne prétend que le jury a reçu des directives erronées sur la question du lien de causalité, sur celle du doute raisonnable ni d'ailleurs sur quelque autre question que ce soit. Si le jury n'avait pas été convaincu hors de tout doute raisonnable à l'égard de la question du lien de causalité, il lui aurait été possible d'envisager le verdict de tentative de meurtre. Toutefois, le verdict qu'il a rendu ne cadre pas avec cette possibilité. À mon humble avis, l'omission du juge de première instance de donner des directives sur l'infraction de tentative de meurtre ne peut pas vraiment avoir eu quelque incidence sur l'issue du procès et on peut, sans risque de se tromper, affirmer que cette omission n'a causé aucun tort important ni aucune erreur judiciaire grave.

[46] Les conclusions du jury peuvent être prises en compte pour apprécier l'incidence d'une erreur. Il faut évidemment faire montre de prudence dans un tel cas. Par exemple, on ne saurait retenir des conclusions qui ont pu être influencées par une erreur. Toutefois, il est clair que, dans la mesure où les conclusions tirées par le jury n'ont été affectées par aucune erreur, il est permis de les considérer et de leur accorder de l'importance pour décider si l'erreur a pu influencer sur le résultat.

[47] L'arrêt *R. c. Jolivet*, 2000 CSC 29, [2000] 1 R.C.S. 751, est un exemple d'une telle situation. Dans cette affaire, le ministère public avait indiqué son intention d'assigner un témoin, mais ne l'a pas fait. Le juge du procès a commis une erreur en refusant d'autoriser l'avocat de la défense à commenter ce point dans son exposé final au jury. Notre Cour

that the jury must have accepted one witness's uncorroborated evidence. It followed that depriving defence counsel of the right to comment on the omitted witness could not reasonably be thought to have affected the result. Thus, in applying the proviso in that case, the Court looked to the conclusions necessarily reached by the jury as reflected in their verdict and used those conclusions to assess whether there was any reasonable possibility that the verdict would have been different had the error not been made.

[48] The present case, in my view, is an even stronger one for following this approach. We are not here engaged, as the Court was in *Jolivet*, in trying to predict what effect a particular line of argument might have had on the jury's assessment of a witness's credibility. Here, the task of assessing the impact of the error is much more straightforward: the failure to instruct on attempted murder could have had no effect, given that a properly instructed jury found that causation had been proved beyond a reasonable doubt. Proof of causation made the instructions on attempted murder legally and factually irrelevant to the jury's deliberations. I would add that there was nothing that emerged during the jury's deliberations to detract from this view. The jury deliberated for five days and asked some questions, but they did not raise any question about causation.

[49] Wrong instructions or the omission of required instructions may have an impact on a jury's other findings and, as I noted earlier, that will make it inappropriate to rely on those findings in applying the proviso. *R. v. Jackson*, [1993] 4 S.C.R. 573, is an example. The trial judge erred by not telling the jury that the accused Davy could be found guilty of manslaughter as a party to the offence even if they convicted his co-accused Jackson of murder. The trial judge in

a appliqué la disposition réparatrice, raisonnant qu'il ressortait de la déclaration de culpabilité que le jury devait avoir retenu le témoignage non corroboré d'un témoin. Il s'ensuivait qu'on ne pouvait raisonnablement considérer que le fait d'avoir privé l'avocat de la défense du droit de commenter l'absence du témoin avait influencé l'issue du procès. Par conséquent, en appliquant la disposition réparatrice dans cette affaire, la Cour a pris en considération les conclusions qu'avait nécessairement tirées le jury, compte tenu de son verdict, et elle s'en est servie pour déterminer s'il existait une possibilité raisonnable qu'un verdict différent aurait été rendu n'eût été l'erreur.

[48] Selon moi, nous sommes en présence d'un cas où l'application de cette approche se justifie encore davantage. En effet, nous ne tentons pas, comme le faisait la Cour dans *Jolivet*, de déterminer quel effet un argument donné aurait pu avoir sur l'appréciation, par le jury, de la crédibilité d'un témoin. En l'espèce, l'appréciation de l'impact de l'erreur est beaucoup plus simple : l'omission de donner des directives sur l'infraction de tentative de meurtre n'a pas pu avoir d'incidence, puisque le jury — qui avait par ailleurs reçu des directives appropriées — a conclu que le lien de causalité avait été prouvé hors de tout doute raisonnable. En raison de cette preuve, les directives concernant l'infraction de tentative de meurtre n'étaient pas pertinentes, juridiquement et factuellement, pour les délibérations du jury. J'ajouterais qu'il n'est rien survenu durant les délibérations du jury qui vienne contredire cette opinion. Le jury a délibéré pendant cinq jours et il a effectivement posé un certain nombre de questions, mais aucune ne portait sur le lien de causalité.

[49] Il est possible que le fait de donner des directives erronées ou d'omettre de donner des directives requises ait une incidence sur les conclusions du jury sur une autre question, auquel cas, comme je l'ai indiqué précédemment, il ne convient pas de se fonder sur de telles conclusions pour décider de l'application de la disposition réparatrice. L'arrêt *R. c. Jackson*, [1993] 4 R.C.S. 573, constitue un exemple de ce genre de situation. Dans cette affaire, le juge du procès

fact instructed the jury that “[a]ll parties to the offence are equally guilty” and expressed the view that it was “unlikely” that Davy could be guilty of manslaughter (pp. 588 and 590). Thus, the trial judge not only failed to tell the jury that Davy could be guilty of manslaughter even if they found Jackson guilty of murder, but, in addition, the judge’s instructions could well have led the jury to believe the opposite. These instructions tainted Davy’s conviction for murder. In those circumstances, it was not an answer to the erroneous instructions to say that the jury had convicted Davy of murder. They had been misdirected on that offence by the judge’s instructions that all parties to the offence are equally guilty (pp. 592-93). The error could not therefore be treated as harmless with respect to the conviction for murder.

[50] I acknowledge that there is authority from the highest courts of Australia and the United Kingdom to the effect that failure to instruct on manslaughter will almost always be fatal to a conviction for murder, even when the instructions on the offence of murder were impeccable: see, e.g., *Gilbert v. The Queen*, [2000] HCA 15, 201 C.L.R. 414; *Bullard v. The Queen*, [1957] A.C. 635 (P.C.); *R. v. Coutts*, [2006] UKHL 39, [2006] 4 All E.R. 353. This Court has on at least one occasion referred with approval to this approach: *Jackson*, at p. 593. However, my respectful view is that the reasoning underlying this approach is inconsistent and faulty and should not be followed, especially when the issue before the jury does not involve the difficult distinction between the mental states for murder and manslaughter.

avait commis une erreur en ne disant pas aux jurés qu’ils pouvaient déclarer l’accusé Davy coupable d’homicide involontaire coupable en tant que participant à l’infraction, même s’ils déclaraient son coaccusé Jackson coupable de meurtre. Dans ses directives aux jurés, le juge leur a en fait dit que « [t]ous les participants à l’infraction sont coupables au même titre » et il a exprimé l’avis qu’il était « peu probable » que Davy soit coupable d’homicide involontaire coupable (p. 588 et 590). Par conséquent, le juge avait non seulement omis de dire aux jurés qu’ils pouvaient déclarer Davy coupable d’homicide involontaire coupable, et ce, même s’ils déclaraient Jackson coupable de meurtre, mais, de surcroît, ses directives ont très bien pu amener le jury à conclure le contraire. Ces directives ont entaché la déclaration de culpabilité pour meurtre prononcée contre Davy. Dans ces circonstances, on ne pouvait défendre les directives erronées en affirmant que les jurés avaient déclaré Davy coupable de meurtre. Ceux-ci avaient reçu du juge, à l’égard de cette infraction, des directives erronées affirmant que tous les participants à l’infraction étaient coupables au même titre (p. 592-593). L’erreur ne pouvait donc pas être traitée comme étant sans gravité quant à la déclaration de culpabilité pour meurtre.

[50] Je reconnais qu’il ressort d’arrêts émanant des plus hauts tribunaux de l’Australie et du Royaume-Uni que l’omission de donner des directives sur l’infraction d’homicide involontaire coupable est presque toujours fatale à une déclaration de culpabilité pour meurtre, même lorsque les directives données à l’égard de cette infraction étaient impeccables : voir, p. ex., *Gilbert c. The Queen*, [2000] HCA 15, 201 C.L.R. 414; *Bullard c. The Queen*, [1957] A.C. 635 (C.P.); *R. c. Coutts*, [2006] UKHL 39, [2006] 4 All E.R. 353. À au moins une occasion, notre Cour s’est référée à cette approche en l’approuvant : *Jackson*, p. 593. Toutefois, j’estime que le raisonnement qui la sous-tend est illogique et erroné et ne devrait pas être suivi, particulièrement dans les cas où la question soumise au jury ne soulève pas la difficile distinction entre l’élément psychologique requis à l’égard de l’infraction de meurtre et celui exigé à l’égard de l’homicide involontaire coupable.

[51] To begin, while the results of this line of authority are consistent, the reasoning underlying it is not. One explanation as to why the jury's finding should not be given weight is that "a jury room might not be a place of undeviating intellectual and logical rigour": *Gilbert, per Callinan J.*, at para. 96. Thus, absent knowledge about the possibility of conviction for a lesser offence, the jury may have convicted "out of a reluctance to see the defendant get clean away with what, on any view, was disgraceful conduct": *R. v. Maxwell* (1990), 91 Cr. App. R. 61 (H.L.), at p. 68. As Moldaver J.A. put it in his dissenting reasons in the present case, "the palatability of a potential verdict may have played a role in the jury's decision": 2010 ONCA 577, 268 O.A.C. 200, at para. 162.

[52] Doherty J.A., writing for a majority of the Court of Appeal in the present case, adopted a version of this reasoning. He held that the error was significant because "a jury's fact-finding on a specific issue such as causation could be subconsciously influenced by what it is told about the legal consequences of that fact-finding" (para. 94 (emphasis added)). This seems to me to be, in essence, the point that the jury might be reluctant to see the accused "get clean away". While Doherty J.A. did "not suggest that the jury was in fact influenced by what it was told about the consequences of its fact-finding on the causation issue", he maintained that "there is sufficient uncertainty as to whether the jury's fact-finding on the question of causation was tainted by the non-direction on attempted murder" (para. 96).

[53] Respectfully, this is an elegantly understated way of expressing what to me is an unacceptable

[51] Tout d'abord, bien que dans ces précédents le résultat soit le même, le raisonnement qui le supporte ne l'est pas. Une raison qui a déjà été invoquée afin d'expliquer pourquoi il ne faut pas accorder de poids à la conclusion du jury serait que [TRADUCTION] « la salle de délibération du jury n'est peut-être pas un lieu où règne une rigueur logique et intellectuelle implacable » : *Gilbert*, le juge Callinan, par. 96. Par conséquent, ne sachant pas qu'ils pouvaient prononcer un verdict de culpabilité à l'égard d'une infraction moindre, les jurés ont peut-être conclu à la culpabilité [TRADUCTION] « de crainte de voir le défendeur s'en tirer complètement malgré une conduite qui, indépendamment du point de vue, était scandaleuse » : *R. c. Maxwell* (1990), 91 Cr. App. R. 61 (H.L.), p. 68. Comme l'a affirmé en l'espèce le juge Moldaver de la Cour d'appel dans ses motifs dissidents, [TRADUCTION] « la possibilité d'un autre verdict a peut-être influencé la décision du jury » : 2010 ONCA 577, 268 O.A.C. 200, par. 162.

[52] Rédigeant l'opinion de la majorité de la Cour d'appel dans le cas qui nous occupe, le juge Doherty a adopté une version de ce raisonnement. Il a conclu que l'erreur était importante, parce que [TRADUCTION] « l'appréciation des faits par les jurés sur une question précise, tel le lien de causalité, pourrait être inconsciemment influencée par ce qu'on leur a dit à propos des conséquences juridiques de cette appréciation des faits » (par. 94 (je souligne)). Essentiellement, cela me semble correspondre à l'argument voulant que le jury puisse craindre de voir l'accusé « s'en tirer complètement ». Bien que le juge Doherty « ne prétend[e] pas que le jury a effectivement été influencé par ce qu'on lui a dit à propos des conséquences de son appréciation des faits relativement à la question du lien de causalité », il a affirmé qu'« il exist[ait] suffisamment d'incertitude pour ce qui est de savoir si l'appréciation des faits par le jury relativement à la question du lien de causalité a[vait] été entachée par l'absence de directives à propos de l'infraction de tentative de meurtre » (par. 96).

[53] Avec égards pour l'opinion du juge Doherty, il s'agit d'une façon élégamment réductrice de

proposition: appellate courts should assume that a jury might relax the standard of proof of causation because the alternative would be to let the accused walk. I cannot agree, on such speculative grounds, to set aside a jury verdict of 12 citizens who are presumed to have honoured their oath and who received impeccable legal instructions on the very issue in contention.

[54] If this reasoning is accepted, where might the risk of this sort of “subconscious” influence stop? Perhaps it could “taint” the jury’s consideration of the issue of identification. After all, if the jury were not sure beyond a reasonable doubt that the respondents were the perpetrators, a horrible crime might go unpunished. Perhaps the jury “subconsciously” allowed that to influence their assessment of the identification evidence. Might it have “tainted” the jury’s consideration of the accomplice’s role? Did it colour their consideration of the question of intention? This sort of speculation at the jury’s expense has no basis in fact and necessarily imputes to the jurors — and all 12 of them at that — a “subconscious” failure to fulfill their sworn duty.

[55] A second approach taken in these authorities is simply to assert that the trial judge’s failure to give legal instructions on an available lesser, alternative verdict that should have been left with the jury is an injustice: see, e.g., *Coutts*, per Lord Hutton, at paras. 56 and 61. This approach is not based on an assumption that the jury may have chosen perhaps subconsciously to ignore the instructions they were given in order to avoid an unpalatable verdict. Respectfully, however, this second line of reasoning is simply the assertion of a conclusion that the omitted instruction gave rise to an injustice. It does not explain why the jury’s unambiguous finding, which, as a matter of law and logic, is untainted by error, cannot be relied on

formuler une proposition selon moi inacceptable, à savoir que les tribunaux d’appel devraient présumer qu’un jury a pu assouplir la norme de preuve applicable à l’égard du lien de causalité, parce que la seule autre possibilité qui s’offrait à lui était de laisser l’accusé s’en tirer. Je ne puis accepter, sur la base de telles conjectures, d’écarter le verdict rendu par un jury de 12 personnes qui sont présumées avoir respecté leur serment et qui ont reçu des directives juridiques impeccables sur la question même qui était en litige.

[54] Si on souscrivait à ce raisonnement, où s’arrêterait le risque de ce genre d’influence « inconsciente »? Cette influence pourrait peut-être « entacher » l’examen par le jury de la question de l’identification. Après tout, si le jury n’était pas convaincu hors de tout doute raisonnable que les intimés étaient les auteurs du crime, un crime horrible pouvait rester impuni. Peut-être que le jury a « inconsciemment » laissé cette considération influencer son appréciation de la preuve d’identification. Cette influence a-t-elle pu « entacher » son examen du rôle du complice? A-t-elle affecté son examen de la question de l’intention? Ce genre de conjectures aux dépens du jury ne repose sur aucune assise factuelle et impute nécessairement au jury — et à chacun de ses 12 membres d’ailleurs — le fait d’avoir omis de façon « inconsciente » de s’acquitter de leur devoir solennel.

[55] Une deuxième approche adoptée dans ces précédents consiste tout simplement à affirmer que constitue une injustice le fait pour le juge du procès d’omettre de donner au jury des directives juridiques concernant un autre verdict possible, qui devait lui être soumis et portait sur une infraction moins grave : voir, p. ex., *Coutts*, le lord Hutton, par. 56 et 61. Cette approche ne repose pas sur l’hypothèse que les jurés ont pu décider, inconsciemment peut-être, de faire abstraction des directives qui leur ont été données afin d’éviter de rendre un verdict qui leur était inacceptable. En toute déférence, ce deuxième raisonnement revient simplement à énoncer la conclusion que l’omission de formuler les directives requises a causé une

to show, in the particular circumstances, that the omission or misdirection was harmless.

[56] In my respectful view, this sort of reasoning rests on either speculation at the jury's expense or the simple assertion of a conclusion.

[57] I also am of the view that there is a risk of extending this line of cases which, for the most part, dealt with murder convictions where manslaughter was a live possibility on the evidence at trial but was not left with the jury or was left in an erroneous way. In such cases, there will often be at least some articulable basis to think that a proper charge on manslaughter might have helped the jury to understand the rather subtle but important differences between the mental elements of that offence and murder. Of course, in this case, it cannot be suggested (and was not) that a proper charge on attempted murder could have assisted the jury's comprehension of the law of causation. Nothing about the legal elements of the offence of attempted murder could possibly have assisted the jury's understanding of the requirement that the Crown establish causation beyond a reasonable doubt.

[58] One is therefore left with the speculative chance of some "subconscious" effect prompted by the jury's supposed reluctance to acquit the respondents or the simple assertion that failure to give the omitted instruction generally constitutes an injustice. I respectfully cannot accept either approach. The first relies on speculation that in my respectful view is wrong in law, wrong as a matter of policy and insufficiently respectful of

injustice. Il n'explique pas pourquoi la conclusion non équivoque tirée par le jury — conclusion qui, tant sur le plan du droit que de la logique, n'est entachée d'aucune erreur — ne peut être invoquée pour démontrer, dans les circonstances de l'espèce, que l'omission de donner des directives ou la formulation de directives erronées n'a entraîné aucune conséquence.

[56] À mon humble avis, ce genre de raisonnement repose soit sur des conjectures faites aux dépens du jury, soit sur la simple énonciation d'une conclusion.

[57] J'estime également qu'il y a un risque à élargir l'application de ces précédents qui, pour la plupart, portaient sur des déclarations de culpabilité pour meurtre, dans des cas où, eu égard à la preuve présentée au procès, un verdict de culpabilité pour homicide involontaire constituait une possibilité réelle, mais n'avait toutefois pas été soumis au jury ou l'avait été de façon erronée. Dans de telles situations, il existera souvent au moins quelques raisons énonçables de croire que la formulation de directives adéquates sur l'infraction d'homicide involontaire coupable aurait pu aider le jury à comprendre les différences — assez subtiles mais néanmoins importantes — entre l'élément psychologique de cette infraction et celui requis à l'égard du meurtre. Bien sûr, dans la présente affaire on ne saurait prétendre (et on ne l'a d'ailleurs pas fait) que des directives adéquates au sujet de l'accusation de tentative de meurtre auraient pu aider le jury à comprendre le droit relatif au lien de causalité. Rien dans les éléments juridiques de l'infraction de tentative de meurtre n'aurait pu vraiment aider le jury à saisir l'obligation qu'a le ministère public d'établir hors de tout doute raisonnable l'existence d'un lien de causalité.

[58] Il ne reste donc plus que l'hypothétique possibilité d'un quelconque effet « inconscient » suscité par la supposée réticence du jury à acquitter les intimés ou encore la simple affirmation que l'omission de donner des directives à propos de la tentative de meurtre constitue d'ordinaire une injustice. Je ne puis souscrire à l'une ou l'autre de ces approches. La première repose sur des conjectures qui, à mon humble avis, sont erronées

the jury's efforts over five days of deliberations to reach a true verdict. The second approach in these authorities in my respectful view is unsupported by logic or principle.

[59] In short, my view is that the Crown has discharged its burden to show that if the legal error here — the failure to instruct on attempted murder — had not been made, the result would inevitably have been the same. The issue is not whether the evidence of guilt was “overwhelming”. It was not. The issue is whether there was any reasonable possibility that the error could have had any impact on the verdict. The jury's verdict in the circumstances of this case shows that there was not.

[60] I would allow the appeal and restore the jury's verdicts at trial.

Appeal dismissed, DESCHAMPS, ROTHSTEIN and CROMWELL JJ. dissenting.

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

Solicitors for the respondent Robert Sarrazin: Russell Silverstein & Associate, Toronto.

Solicitors for the respondent Darlind Jean: Lockyer Campbell Posner, Toronto.

tant sur le plan du droit que des politiques générales, et qui ne respectent pas suffisamment les efforts qu'a déployés le jury, pendant ses cinq jours de délibération, afin de rendre un verdict juste. La deuxième approche préconisée dans les précédents mentionnés plus tôt ne repose selon moi ni sur la logique ni sur des principes.

[59] En résumé, je suis d'avis que le ministère public s'est acquitté du fardeau qui lui incombait de démontrer que, même si l'erreur de droit commise en l'espèce — à savoir l'omission de donner des directives à propos de l'infraction de tentative de meurtre — n'était pas survenue, l'issue du procès aurait inévitablement été la même. La question n'est pas de savoir si la preuve de la culpabilité était « accablante ». Elle ne l'était pas. Il s'agit plutôt de déterminer s'il existe une possibilité raisonnable que l'erreur ait pu avoir quelque incidence sur le verdict. Il ressort du verdict rendu par le jury dans les circonstances de l'espèce que cette erreur n'a eu aucune incidence.

[60] J'accueillerais le pourvoi et je rétablirais les verdicts rendus par le jury au procès.

Pourvoi rejeté, les juges DESCHAMPS, ROTHSTEIN et CROMWELL sont dissidents.

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

Procureurs de l'intimé Robert Sarrazin : Russell Silverstein & Associate, Toronto.

Procureurs de l'intimé Darlind Jean : Lockyer Campbell Posner, Toronto.

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Amandeep Banwait *Respondent*

INDEXED AS: R. v. BANWAIT

2011 SCC 55

File No.: 34044.

2011: November 8.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Criminal law — Trial — Charge to jury — First degree murder — Trial judge properly instructed jury on relationship between planning and deliberation and murder.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Laskin, MacPherson and Simmons J.J.A.), 2010 ONCA 869, 272 O.A.C. 130, 265 C.C.C. (3d) 201, 82 C.R. (6th) 87, [2010] O.J. No. 5472 (QL), 2010 CarswellOnt 9673, setting aside the accused's conviction for first degree murder and substituting a conviction for second degree murder. Appeal allowed.

Gillian E. Roberts and Stacey D. Young, for the appellant.

Philip Campbell, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

[1] THE CHIEF JUSTICE — We are all of the view that the appeal should be allowed for the reasons set out by MacPherson J.A. at paras. 178-89 of his dissenting judgment (2010 ONCA 869, 272 O.A.C. 130).

[2] The appeal is allowed and the conviction for first degree murder restored.

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Amandeep Banwait *Intimé*

RÉPERTORIÉ : R. c. BANWAIT

2011 CSC 55

N° du greffe : 34044.

2011: 8 novembre.

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

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

Droit criminel — Procès — Exposé au jury — Meurtre au premier degré — Directives adéquates du juge du procès au jury quant au lien requis entre le meurtre et les notions de planification et de délibération.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (les juges Laskin, MacPherson et Simmons), 2010 ONCA 869, 272 O.A.C. 130, 265 C.C.C. (3d) 201, 82 C.R. (6th) 87, [2010] O.J. No. 5472 (QL), 2010 CarswellOnt 9673, qui a annulé la déclaration de culpabilité prononcée contre l'accusé pour meurtre au premier degré et y a substitué une déclaration de culpabilité pour meurtre au second degré. Pourvoi accueilli.

Gillian E. Roberts et Stacey D. Young, pour l'appelante.

Philip Campbell, pour l'intimé.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

[1] LA JUGE EN CHEF — Nous sommes tous d'avis d'accueillir l'appel pour les motifs exposés par le juge MacPherson de la Cour d'appel aux par. 178-189 de sa dissidence (2010 ONCA 869, 272 O.A.C. 130).

[2] L'appel est accueilli et la déclaration de culpabilité pour meurtre au premier degré est rétablie.

Judgment accordingly.

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

Solicitors for the respondent: Lockyer Campbell Posner, Toronto.

Jugement en conséquence.

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

Procureurs de l'intimé : Lockyer Campbell Posner, Toronto.

Lax Kw'alaams Indian Band, represented by Chief Councillor Garry Reece on his own behalf and on behalf of the members of the Lax Kw'alaams Indian Band, and others *Appellants*

v.

Attorney General of Canada and Her Majesty The Queen in Right of the Province of British Columbia *Respondents*

and

Attorney General of Ontario, Metlakatla Band, B.C. Wildlife Federation, B.C. Seafood Alliance, Gitxaala Nation, represented by Chief Elmer Moody on his own behalf and on behalf of the members of the Gitxaala Nation, and Te'Mexw Treaty Association *Interveners*

INDEXED AS: LAX KW'ALAAMS INDIAN BAND v. CANADA (ATTORNEY GENERAL)

2011 SCC 56

File No.: 33581.

2011: February 17; 2011: November 10.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Aboriginal law — Aboriginal rights — Fishing — Nature of pre-contact practice — Evolution of pre-contact practice — First Nations claiming rights to commercial harvesting and sale of all species of fish within their traditional waters — Whether pre-contact trade in specific fish product could evolve into modern commercial fishery — Constitution Act, 1982, s. 35(1).

Civil procedure — Pleadings — Aboriginal rights litigation — Whether Aboriginal rights claim should

Bande indienne des Lax Kw'alaams, représentée par le conseiller en chef Garry Reece en son propre nom et au nom des membres de la bande indienne des Lax Kw'alaams, et autres *Appelants*

c.

Procureur général du Canada et Sa Majesté la Reine du chef de la province de la Colombie-Britannique *Intimés*

et

Procureur général de l'Ontario, Bande de Metlakatla, B.C. Wildlife Federation, B.C. Seafood Alliance, Nation Gitxaala, représentée par le chef Elmer Moody en son propre nom et au nom des membres de la Nation Gitxaala, et Association du traité des Te'Mexw *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : BANDE INDIENNE DES LAX KW'ALAAMS c. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL)

2011 CSC 56

N° du greffe : 33581.

2011 : 17 février; 2011 : 10 novembre.

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

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

Droit des Autochtones — Droits ancestraux — Pêche — Nature de la pratique précontact — Évolution de la pratique précontact — Premières nations revendiquant des droits de récolte et de vente commerciales de toutes les espèces de poisson vivant dans leurs eaux traditionnelles — Le commerce précontact d'un produit de la pêche particulier peut-il avoir évolué jusqu'à une pêche commerciale moderne? — Loi constitutionnelle de 1982, art. 35(1).

Procédure civile — Actes de procédure — Litige sur les droits ancestraux — La revendication d'un droit

be characterized based on pleadings or a broader enquiry — Whether claim for declaration of “lesser” rights was properly presented in pleadings.

Aboriginal law — Fiduciary duty — Whether historical record supported existence of fiduciary duty to grant claimants right to modern commercial fishery.

This appeal involves the claim of the Lax Kw'alaams and other First Nations (“Lax Kw'alaams”), whose ancestral lands stretch along the northwest coast of British Columbia between the estuaries of the Nass and lower Skeena rivers, to the commercial harvesting and sale of “all species of fish” within their traditional waters. Such an Aboriginal fishery would be within the protection of s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*. The basis of the pre-contact society’s culture and sustenance was the fishery. It had a subsistence economy with some trade — primarily a gift exchange between kin at feasts and potlatches or the exchange of luxury goods. The harvesting and consumption of salmon, halibut, herring spawn, seaweed, shellfish, and eulachon were integral to its distinctive culture, but trade in fish or fish products other than the grease derived from the smelt-like species called the eulachon or candle fish (because when dried it could be burned like a candle) was held not to be integral to the distinctive culture of the pre-contact society. Eulachon grease was a preservative for perishable food stuffs such as berries, and much valued for that purpose. Such other trade in fish or fish products as took place was described by the trial judge as “low volume, opportunistic, irregular . . . and incidental to fundamental pre-contact . . . kinship relations”.

The Lax Kw'alaams claimed not only the right to the commercial harvesting and sale of all species of fish within their traditional waters but asserted that the Crown has a fiduciary duty in that respect flowing from promises made in the reserve allocation process in the 1870s and 1880s. Finally, towards the end of the trial, they claimed what they described as lesser Aboriginal rights, including a right to sufficient fish which, “when converted to money”, would enable them to “develop

ancestral doit-elle être caractérisée sur le fondement des actes de procédure ou d’une enquête plus générale? — Une déclaration reconnaissant un droit « moindre » a-t-elle été dûment demandée dans la plaidoirie écrite?

Droit des Autochtones — Obligation fiduciaire — Les données historiques étayent-elles l’existence d’une obligation fiduciaire de reconnaître aux demandeurs le droit de pratiquer une pêche commerciale moderne?

Le pourvoi porte sur la revendication, par les Lax Kw'alaams et d’autres premières nations (« Lax Kw'alaams ») — dont les terres ancestrales s’étendent le long de la côte nord-ouest de la Colombie-Britannique entre les estuaires de la rivière Nass et du cours inférieur de la rivière Skeena —, du droit de récolter et de vendre commercialement « toutes les espèces de poisson » vivant dans leurs eaux traditionnelles. Pareille pêche autochtone serait protégée par le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Avant le contact avec les Européens, la subsistance et la culture de la société reposaient sur la pêche. Elle pratiquait une économie de subsistance et se livrait à une forme de commerce — principalement des échanges de cadeaux entre parents lors de festins et de potlatches, ou des échanges de biens de luxe. La récolte et la consommation du saumon, du flétan, de la roque de hareng, des algues, des crustacés et de l’eulakane faisaient partie intégrante de leur culture distinctive, mais il a été statué que le commerce du poisson ou des produits de la pêche, sauf celui d’une graisse extraite d’un poisson qui ressemble à l’éperlan, l’eulakane ou poisson-chandelle (parce qu’on peut le brûler comme une chandelle une fois séché), ne faisait pas partie intégrante de la culture distinctive de la société précontact. La graisse d’eulakane servait à conserver des denrées périssables comme les baies et on lui attachait une grande valeur pour cette raison. La juge du procès a décrit le commerce d’autres espèces de poisson et produits de la pêche, tel qu’il était pratiqué, en disant qu’il « était de faible envergure et irrégulier, découlait d’occasions fortuites [. . .] et était purement accessoire aux rapports entre parents [. . .] avant [le] contact avec les Européens ».

Les Lax Kw'alaams ont non seulement revendiqué le droit à la récolte et à la vente commerciales de toutes les espèces de poisson vivant dans leurs eaux traditionnelles, mais aussi affirmé que la Couronne a une obligation fiduciaire à cet égard en raison de promesses faites lors de l’attribution des réserves dans les années 1870 et 1880. Enfin, vers la fin du procès, ils ont revendiqué ce qu’ils ont qualifié de droits ancestraux moindres, notamment le droit de pêcher suffisamment de poisson

and maintain a prosperous economy”, and a right to a food, social and ceremonial fishery.

The trial judge was not persuaded that the pre-contact customs, practices, and traditions supported the claimed Aboriginal rights to commercial activities and dismissed the claims. The Court of Appeal agreed and dismissed the appeal.

Held: The appeal should be dismissed.

The practices, customs and traditions of the pre-contact society do not provide an evidentiary springboard to a constitutionally protected Aboriginal right to harvest and sell all varieties of fish in a modern commercial fishery. The pre-contact society was not a trading people, except with respect to eulachon grease. As the trial judge found, such sporadic trade as took place in other fish products was peripheral to the pre-contact society and did not define what made the pre-contact society what it was.

The Lax Kw'alaams contend that the courts below erred in their approach to the characterization of the claim, and consequently failed to analyse comprehensively the evidence in its support. In their view “before a court can characterize a claimed aboriginal right, it must first inquire and make findings about the pre-contact practices and way of life of the claimant group”. This is not correct. When dealing with a s. 35(1) claim, the court should begin by characterizing the claimed Aboriginal right based on the pleadings. Making findings about the pre-contact way of life of the claimant group before characterizing the claimed right — the “commission of inquiry” approach — is not suitable in civil litigation, even in Aboriginal cases, where procedural rules are generously interpreted to facilitate the resolution of the underlying controversies in the public interest. Following that model would be illogical and contrary to authority, and would defy the relevant rules of civil procedure. Although the necessary flexibility can be achieved within the ordinary rules of practice (including the amendment of pleadings), a defendant must be left in no doubt about precisely what is claimed. Having characterized the claim, the court should determine whether the First Nation has proved the existence of the pre-contact practice, tradition or custom advanced in the pleadings and that this practice was integral to the distinctive pre-contact society. Then, taking a generous though realistic approach, the court should determine whether the claimed modern right has a reasonable degree of continuity with the integral pre-contact practice. Finally, if the claimed right is found to

pour que ces prises, « une fois converties en argent », leur permettent de « développer et de maintenir une économie prospère » et le droit de pêcher à des fins alimentaires, sociales et rituelles.

La juge du procès n'était pas convaincue que les coutumes, pratiques et traditions précontact étaient l'existence d'un droit ancestral à des activités commerciales et elle a rejeté les revendications. La Cour d'appel était d'accord avec elle et elle a rejeté l'appel.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

Les pratiques, coutumes et traditions de la société précontact ne peuvent servir de tremplin, sur le plan de la preuve, à un droit ancestral protégé constitutionnellement de récolter et de vendre toutes les sortes de poisson par la pratique d'une pêche commerciale moderne. La société précontact n'était pas un peuple qui faisait du commerce, sauf en ce qui concerne la graisse d'eulachon. La juge du procès a conclu que le commerce sporadique des autres produits de la pêche, tel qu'il était pratiqué, était accessoire à la société précontact et ne faisait pas d'elle ce qu'elle était.

Les Lax Kw'alaams soutiennent que les juridictions inférieures ont utilisé une méthode erronée pour caractériser la revendication et que, par conséquent, elles n'ont pas analysé de façon exhaustive la preuve produite pour l'étayer. Selon eux, « avant de caractériser un droit ancestral revendiqué, le tribunal doit d'abord procéder à une enquête et tirer des conclusions sur les pratiques et le mode de vie précontact du groupe de demandeurs ». Cela est inexact. Le tribunal saisi d'une revendication fondée sur le par. 35(1) doit commencer par caractériser le droit ancestral revendiqué à partir des actes de procédure. Tirer des conclusions sur le mode de vie précontact du groupe de demandeurs avant de caractériser le droit revendiqué — soit, suivre la méthode apparentée à une « commission d'enquête » — ne convient pas dans un procès civil, même dans les affaires autochtones où les règles de procédure sont interprétées de façon libérale, pour faciliter la résolution des controverses sous-jacentes dans l'intérêt public. Appliquer cette méthode serait illogique, en discordance avec la jurisprudence et contraire aux règles de procédure civile applicables. Bien que les règles de pratique ordinaires offrent la flexibilité voulue (y compris par la modification des actes de procédure), il ne faut laisser aucun doute au défendeur quant à ce qui est demandé précisément. Une fois la revendication caractérisée, le tribunal doit déterminer si la première nation a établi l'existence de la pratique, tradition ou coutume précontact invoquée dans la procédure écrite et le fait que cette pratique faisait partie intégrante de la société distinctive avant son contact avec les Européens. Ensuite,

exist, it should be delineated with regard to conservation goals and other relevant objectives.

In this case, the attempt to build a modern commercial fishery on the narrow support of a limited ancestral trade in eulachon grease lacks sufficient continuity and proportionality. While an Aboriginal right is subject to evolution both in terms of the subject matter and the method of its exercise, the claim in this case to a general commercial fishery would create a right qualitatively and quantitatively different from the pre-contact trade in eulachon grease. Qualitatively, trade in fish and fish products other than eulachon grease was peripheral to the pre-contact society. It is not enough to show that some element of trade was part of the pre-contact way of life if it was not distinctive or integral to that way of life. A general commercial fishery would represent an outcome qualitatively different from the pre-contact activity on which it would ostensibly be based, and out of all proportion to its original importance to the pre-contact economy. Quantitatively, the short eulachon season and the laborious extraction method was likely of limited value relative to the overall pre-contact fishing activity of the industrious and productive pre-contact people.

As to the claims to lesser rights, the conclusion that trade in fish apart from eulachon grease was not integral to the pre-contact society was as fatal to these claims as it was to the greater commercial claim. Further, had the claim to lesser rights been justified, it bristled with difficulty. The Crown was entitled to proper notice of what was being sought and to test the evidence directed to that issue, but the focus of the pleadings and evidence was on the claim to a commercial fishery, not the lesser rights. It was not clear what the claim meant, how it would be implemented, what standard of prosperity was sought, or the basis on which it would be quantified. All of these matters had far-reaching implications for fisheries management.

As to the claim to an Aboriginal right to a fishery for food, social and ceremonial purposes, the

le tribunal doit déterminer, en adoptant une approche libérale, mais réaliste, s'il y a une continuité raisonnable entre le droit contemporain revendiqué et la pratique précontact faisant partie intégrante de la société. Enfin, si l'on constate l'existence du droit revendiqué, il faut en déterminer la teneur en tenant compte des objectifs de conservation et des autres objectifs pertinents.

En l'espèce, la tentative d'instaurer une pêche commerciale moderne sur un fondement aussi étroit que le commerce ancestral limité de la graisse d'eulakane ne comporte pas la continuité et la proportionnalité voulues. Bien qu'un droit ancestral soit susceptible d'évoluer, quant à son objet et à son mode d'exercice, la revendication en l'espèce d'un droit de pêche commerciale générale créerait un droit différent du commerce précontact de la graisse d'eulakane sur les plans qualitatif et quantitatif. Sur le plan qualitatif, le commerce d'autres espèces de poisson ou produits de la pêche que la graisse d'eulakane était accessoire à la société précontact. Il ne suffit pas de démontrer qu'une certaine forme de commerce faisait partie du mode de vie précontact, si elle n'en était pas un élément distinctif ou n'en faisait pas partie intégrante. Une pêche commerciale générale constituerait un résultat différent sur le plan qualitatif de l'activité précontact sur laquelle elle reposerait censément et hors de proportion avec son importance dans l'économie précontact. Sur le plan quantitatif, la courte durée de la saison de la pêche à l'eulakane et la méthode laborieuse d'extraction de la graisse avaient une valeur limitée par rapport à l'ensemble de la pêche précontact pratiquée par le peuple précontact vaillant et ingénieux.

En ce qui concerne la revendication de droits moindres, la conclusion que le commerce du poisson, hormis celui de la graisse d'eulakane, ne faisait pas partie intégrante de la société précontact portait un coup aussi fatal à cette revendication qu'à celle d'un droit commercial plus étendu. De plus, si la revendication de droits moindres avait été justifiée, elle comportait de nombreuses difficultés. La Couronne avait le droit d'être informée correctement de ce qui était demandé et de mettre à l'épreuve les éléments présentés à l'appui, mais les actes de procédure et la preuve étaient centrés sur la revendication du droit de pêcher commercialement, et non de droits moindres. On ne savait pas avec certitude ce que signifiait la revendication, comment elle serait mise en œuvre, quelle était la norme de prospérité proposée ni sur quel fondement elle serait établie. Toutes ces questions avaient de très grandes conséquences sur la gestion des pêches.

En ce qui a trait à la revendication du droit ancestral de pêcher à des fins alimentaires, sociales et rituelles,

Lax Kw'alaams presently hold communal Aboriginal licences in these respects. Their entitlement seems not to be contentious, and, as courts generally do not make declarations in the absence of a live controversy, it was within the trial judge's discretion to refuse to make such a declaration.

The arguments based on fiduciary duty or the honour of the Crown necessarily fail in the absence of any substratum of relevant facts on which to base them. The Crown had not made express or implied promises of any preferential access to the commercial fishery, and had made its intention to treat Aboriginal fishers in the same manner as other fishers clear.

Cases Cited

Distinguished: *R. v. Sappier*, 2006 SCC 54, [2006] 2 S.C.R. 686; *R. v. Pamajewon*, [1996] 2 S.C.R. 821; **referred to:** *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075; *R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507; *R. v. N.T.C. Smokehouse Ltd.*, [1996] 2 S.C.R. 672; *R. v. Gladstone*, [1996] 2 S.C.R. 723; *R. v. Marshall*, 2005 SCC 43, [2005] 2 S.C.R. 220; *R. v. Marshall*, [1999] 3 S.C.R. 533; *Ahousaht Indian Band v. Canada (Attorney General)*, 2011 BCCA 237, 19 B.C.L.R. (5th) 20; *R. v. Marshall*, [1999] 3 S.C.R. 456.

Statutes and Regulations Cited

Constitution Act, 1982, s. 35(1).
Supreme Court Civil Rules, B.C. Reg. 168/2009.

Authors Cited

Mitchell, Donald, and Leland Donald. "Sharing Resources on the North Pacific Coast of North America: The Case of the Eulachon Fishery" (2001), 43 *Anthropologica* 19.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Newbury, Chiasson and Bennett J.J.A.), 2009 BCCA 593, 281 B.C.A.C. 88, 475 W.A.C. 88, 314 D.L.R. (4th) 385, [2010] 1 C.N.L.R. 278, [2009] B.C.J. No. 2556 (QL), 2009 CarswellBC 3479, affirming a decision of Satanove J., 2008 BCSC 447, [2008] 3 C.N.L.R. 158, [2008] B.C.J. No. 652 (QL), 2008 CarswellBC 735. Appeal dismissed.

John R. Rich, F. Matthew Kirchner and Lisa C. Glowacki, for the appellants.

les Lax Kw'alaams détiennent actuellement des permis de pêche communautaires des Autochtones à ces fins. Leur droit ne semble pas être litigieux et, comme en règle générale les tribunaux ne font pas de déclaration en l'absence de litige actuel, le refus de faire pareille déclaration relevait du pouvoir discrétionnaire de la juge du procès.

Les arguments fondés sur des obligations fiduciaires ou l'honneur de la Couronne doivent forcément être rejetés puisqu'il n'existe aucun fondement factuel pertinent sur lequel les appuyer. La Couronne n'avait fait aucune promesse expresse ou implicite d'un quelconque droit préférentiel de pêcher commercialement et avait exprimé sans équivoque son intention d'accorder aux pêcheurs autochtones le même traitement qu'aux autres pêcheurs.

Jurisprudence

Distinction d'avec les arrêts : *R. c. Sappier*, 2006 CSC 54, [2006] 2 R.C.S. 686; *R. c. Pamajewon*, [1996] 2 R.C.S. 821; **arrêts mentionnés :** *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075; *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507; *R. c. N.T.C. Smokehouse Ltd.*, [1996] 2 R.C.S. 672; *R. c. Gladstone*, [1996] 2 R.C.S. 723; *R. c. Marshall*, 2005 CSC 43, [2005] 2 R.C.S. 220; *R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 533; *Ahousaht Indian Band c. Canada (Attorney General)*, 2011 BCCA 237, 19 B.C.L.R. (5th) 20; *R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 456.

Lois et règlements cités

Loi constitutionnelle de 1982, art. 35(1).
Supreme Court Civil Rules, B.C. Reg. 168/2009.

Doctrine citée

Mitchell, Donald, and Leland Donald. « Sharing Resources on the North Pacific Coast of North America : The Case of the Eulachon Fishery » (2001), 43 *Anthropologica* 19.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (les juges Newbury, Chiasson et Bennett), 2009 BCCA 593, 281 B.C.A.C. 88, 475 W.A.C. 88, 314 D.L.R. (4th) 385, [2010] 1 C.N.L.R. 278, [2009] B.C.J. No. 2556 (QL), 2009 CarswellBC 3479, qui a confirmé une décision de la juge Satanove, 2008 BCSC 447, [2008] 3 C.N.L.R. 158, [2008] B.C.J. No. 652 (QL), 2008 CarswellBC 735. Pourvoi rejeté.

John R. Rich, F. Matthew Kirchner et Lisa C. Glowacki, pour les appelants.

Cheryl J. Tobias, Q.C., Sharlene Telles-Langdon and James M. Mackenzie, for the respondent the Attorney General of Canada.

Patrick G. Foy, Q.C., for the respondent Her Majesty The Queen in Right of the Province of British Columbia.

Malliha Wilson and Michael E. Burke, for the intervener the Attorney General of Ontario.

Maria Morellato, Q.C., and *Cheryl Sharvit*, for the intervener the Metlakatla Band.

J. Keith Lowes, for the interveners the B.C. Wildlife Federation and the B.C. Seafood Alliance.

David M. Robbins and Jay Nelson, for the intervener the Gitxaala Nation.

Robert J. M. Janes and Sarah E. Sharp, for the intervener the Te'Mexw Treaty Association.

The judgment of the Court was delivered by

[1] BINNIE J. — This appeal involves the claim of the Lax Kw'alaams First Nation and other First Nations listed in the Appendix to these reasons (herein collectively referred to as “Lax Kw'alaams”), whose ancestral lands stretch along the northwest coast of British Columbia between the estuaries of the Nass and lower Skeena rivers, to the commercial harvesting and sale of “all species of fish” within their traditional waters. Such an Aboriginal fishery would be within the protection of s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*, subject only to such limits as can be justified under the test in *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075. The commercial fisheries claim was part of a larger action asserting Aboriginal title, but the Aboriginal title issue was severed and has yet to go to trial.

Cheryl J. Tobias, c.r., Sharlene Telles-Langdon and James M. Mackenzie, pour l'intimé le procureur général du Canada.

Patrick G. Foy, c.r., pour l'intimée Sa Majesté la Reine du chef de la province de la Colombie-Britannique.

Malliha Wilson et Michael E. Burke, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Maria Morellato, c.r., et *Cheryl Sharvit*, pour l'intervenante la Bande de Metlakatla.

J. Keith Lowes, pour les intervenantes B.C. Wildlife Federation et B.C. Seafood Alliance.

David M. Robbins et Jay Nelson, pour l'intervenante la Nation Gitxaala.

Robert J. M. Janes et Sarah E. Sharp, pour l'intervenante l'Association du traité des Te'Mexw.

Version française du jugement de la Cour rendu par

[1] LE JUGE BINNIE — Le présent pourvoi porte sur la revendication, par la Première Nation des Lax Kw'alaams et d'autres premières nations dont la liste est jointe en annexe aux présents motifs (appelées collectivement « Lax Kw'alaams ») — dont les terres ancestrales s'étendent le long de la côte nord-ouest de la Colombie-Britannique entre les estuaires de la rivière Nass et du cours inférieur de la rivière Skeena —, du droit de récolter et de vendre commercialement [TRADUCTION] « toutes les espèces de poisson » qui vivent dans leurs eaux traditionnelles. Pareille pêche autochtone serait protégée par le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, sous réserve des seules restrictions justifiables selon le test établi dans *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075. La revendication relative à la pêche commerciale faisait partie d'une action plus vaste visant la reconnaissance d'un titre aborigène, mais la question du titre aborigène a été dissociée de l'instance et elle n'a pas encore été instruite.

[2] The trial judge rejected the commercial fisheries claim on the basis that, despite a year of factual and expert evidence, she was not persuaded that the Coast Tsimshian people's pre-contact customs, practices, and traditions supported such an Aboriginal right (2008 BCSC 447, [2008] 3 C.N.L.R. 158). To the limited extent that the Coast Tsimshian traded in fish and fish products, such trade was specific to a product derived from a single species, the eulachon. Trade in fish more generally was not integral to their distinctive society and thus did not provide a foundation for a s. 35(1) Aboriginal right to a modern wealth-generating "industrial" fishery. This conclusion was upheld by the British Columbia Court of Appeal (2009 BCCA 593, 281 B.C.A.C. 88). The Lax Kw'alaams say that the courts below erred in their approach to the characterization of the claim, and consequently failed to analyse comprehensively the evidence in its support.

[3] In the alternative, the Lax Kw'alaams argue that, quite apart from an Aboriginal right to harvest and sell fish on a full commercial scale, the evidentiary record establishes a variety of "lesser and included" Aboriginal rights, notably the right to a more limited commercial fishery (based in part on the traditional potlatch exchange) consisting of a right to harvest and sell fish and fish products sufficient "to sustain their communities, accumulate and generate wealth and maintain and develop their economy" (Second Amended Statement of Claim, at para. 31). They seek, in the further alternative, a still more limited Aboriginal right to a food, social and ceremonial fishery. The British Columbia Court of Appeal decided, having regard to the state of the pleadings and the way in which the 126-day trial had unfolded, that the trial judge's decision not to deal with "'lesser' or 'included'" rights was a "judgment call" which she was entitled to make. In the trial judge's view, the trial from first to last had been about the right to a full-blown commercial

[2] La juge du procès a rejeté la revendication du droit de pêche commerciale parce que, malgré la preuve factuelle et la preuve d'expert dont la présentation s'est échelonnée sur une année entière, elle n'était pas convaincue que les coutumes, pratiques et traditions des Tsimshians de la côte avant leur contact avec les Européens étayaient l'existence d'un tel droit ancestral (2008 BCSC 447, [2008] 3 C.N.L.R. 158). Dans la mesure, limitée, où les Tsimshians de la côte faisaient le commerce du poisson et des produits de la pêche, ce commerce était propre à un produit dérivé d'une seule espèce, l'eulakane. Le commerce du poisson en général ne faisait pas partie intégrante de leur société distinctive et ne pouvait donc servir d'assise à un droit ancestral, garanti par le par. 35(1), de pratiquer une pêche « industrielle » moderne, génératrice de richesse. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a confirmé cette conclusion (2009 BCCA 593, 281 B.C.A.C. 88). Les Lax Kw'alaams soutiennent que les juridictions inférieures ont utilisé une méthode erronée pour caractériser leur revendication et que, par conséquent, elles n'ont pas analysé de façon exhaustive la preuve produite pour l'étayer.

[3] Les Lax Kw'alaams soutiennent subsidiairement que la preuve au dossier établit, indépendamment d'un droit ancestral de récolter et de vendre du poisson à une échelle commerciale à part entière, un éventail de droits ancestraux « moindres et inclus », dont le droit de pratiquer une pêche commerciale plus restreinte (fondé en partie sur les échanges traditionnels lors des potlatches), c'est-à-dire le droit de récolter et de vendre suffisamment de poisson et de produits de la pêche [TRADUCTION] « pour subvenir aux besoins de [leurs] collectivités, accumuler et générer de la richesse, et maintenir et développer leur économie » (deuxième déclaration modifiée, par. 31). Les Lax Kw'alaams revendiquent aussi subsidiairement un droit ancestral encore plus restreint, soit celui de pêcher à des fins alimentaires, sociales et rituelles. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a décidé que, compte tenu des actes de procédure, tels qu'ils ont été présentés, et du déroulement du procès qui a duré 126 jours, le refus de la juge du procès de se prononcer sur les droits [TRADUCTION] « "moindres" ou

fishery. Everything else was peripheral and not fully presented.

[4] The Lax Kw'alaams also support their claims on the basis of alleged promises by government officials (thus implicating the honour of the Crown) at the time of reserve creation in the 1880s. This, too, was rejected by the trial judge on the basis that no such promises had ever been made. Her finding of fact in this respect was also accepted by the British Columbia Court of Appeal.

[5] For the reasons that follow, I would uphold the conclusion of the Court of Appeal on all issues and dismiss the appeal.

I. Overview

[6] The trial judge acknowledged that prior to contact with Europeans, the Coast Tsimshian largely sustained themselves by an extensive fishery. They did not, however, engage in any significant *trade* in fish or fish products except for a grease derived from a smelt-like species called the eulachon or candle fish (because when dried it could be burned like a candle). Such other trade in fish or fish products as took place was described by the trial judge as “low volume, opportunistic, irregular . . . and incidental to fundamental pre-contact Coast Tsimshian kinship relations, potlatch and ranked society” (para. 496).

[7] Eulachon were harvested for a few weeks every spring at the Nass River. The trial judge held:

In my opinion, it would be stretching the concept of an evolved Aboriginal right too far to say that the

“inclus” » était une « question d'appréciation » qui relevait de sa compétence. Selon la juge, du début à la fin du procès, il avait toujours été question du droit de pratiquer une pêche commerciale pleine et entière. Tout le reste était accessoire et n'a pas été vraiment plaidé.

[4] Les Lax Kw'alaams appuient en outre leurs revendications sur de prétendues promesses que leur auraient faites des représentants du gouvernement (mettant en cause l'honneur de la Couronne) lorsque les réserves ont été créées dans les années 1880. La juge du procès a également rejeté cet argument, ayant conclu qu'aucune promesse de ce genre n'avait été faite à quelque moment que ce soit. Sa conclusion de fait à cet égard a aussi été retenue par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique.

[5] Pour les motifs exposés ci-après, je suis d'avis de confirmer la conclusion de la Cour d'appel sur toutes les questions et de rejeter le pourvoi.

I. Aperçu

[6] La juge du procès a reconnu que les Tsimshians de la côte, avant leur contact avec les Européens, subvenaient en grande partie à leurs besoins en pratiquant une pêche de grande envergure. Ils ne faisaient toutefois pas véritablement le *commerce* du poisson ou des produits de la pêche, sauf celui d'une graisse extraite d'un poisson qui ressemble à l'éperlan, l'eulakane, aussi appelé poisson-chandelle (parce qu'on peut le brûler comme une chandelle une fois séché). En ce qui concerne les autres espèces de poisson et produits de la pêche, la juge du procès a dit que leur commerce [TRADUCTION] « était de faible envergure et irrégulier, découlait d'occasions fortuites [. . .] et était purement accessoire aux rapports entre parents, au potlatch et à la société hiérarchisée, fondamentaux pour les Tsimshians de la côte avant leur contact avec les Européens » (par. 496).

[7] On récoltait l'eulakane chaque printemps pendant quelques semaines dans la rivière Nass. La juge du procès a affirmé :

[TRADUCTION] J'estime qu'on élargirait indûment la notion de droit ancestral qui a évolué en disant que

Coast Tsimshian practice of trading in eulachon grease is equivalent to a modern right to fish commercially all species in their Claimed Territories. [para. 501]

A key issue in the case is therefore the question of continuity between the Coast Tsimshian people's pre-contact practice of rendering eulachon grease and trading the product thereby generated, on the one hand, and, on the other hand, their claim to a contemporary commercial fishery of all species for sale to non-Aboriginal as well as Aboriginal members of the public. The legal requirement for continuity between ancestral practices, customs and traditions and the modern claimed Aboriginal right incorporates, of course, an allowance for logical evolution within limits. This case, in part, is about where such limits should be drawn.

[8] The Lax Kw'alaams live in the twenty-first century, not the eighteenth, and are entitled to the benefits (as well as the burdens) of changing times. However, allowance for natural evolution does not justify the award of a quantitatively and qualitatively different right. It was in part the lack of continuity and proportionality in the Lax Kw'alaams' attempt to build a full-blown twenty-first century commercial fishery on the narrow support of an ancestral trade in eulachon grease that concerned the trial judge. Her concern, in my view, was well founded.

[9] The trial judge held that the focus of the pleadings and evidence was on the Lax Kw'alaams' claim to a commercial fishery. Their later argument about "lesser and included rights" seems to have been borrowed hastily from criminal law and did not surface at trial in any significant way until the final argument. The trial judge considered the defendant governments to have been prejudiced by what she saw as the Lax Kw'alaams' belated attempt to recast the claim.

[10] The argument about "lesser and included rights" is more procedural than substantive in

le commerce de la graisse d'eulakane pratiqué par les Tsimshians de la côte équivaut à un droit contemporain de pêcher commercialement toutes les espèces sur les territoires qu'ils revendiquent. [par. 501]

Il est donc essentiel, en l'espèce, d'examiner la question de la continuité entre, d'une part, l'extraction de la graisse d'eulakane et l'échange du produit ainsi obtenu que pratiquaient les Tsimshians de la côte avant leur contact avec les Européens et, d'autre part, leur revendication du droit de pêcher commercialement toutes les espèces de poisson pour les vendre tant à des non-Autochtones qu'à des Autochtones. L'exigence juridique de la continuité entre les pratiques, coutumes et traditions ancestrales et le droit ancestral contemporain revendiqué admet évidemment une évolution logique à l'intérieur de certaines limites. Dans le présent pourvoi, il s'agit notamment de tracer ces limites.

[8] Les Lax Kw'alaams ne vivent plus au XVIII^e siècle, mais au XXI^e siècle, et ils ont droit aux avantages (et aux inconvénients) résultant des changements survenus avec le temps. Toutefois, la reconnaissance d'une évolution naturelle ne justifie pas l'octroi d'un droit différent sur les plans quantitatif et qualitatif. C'était en partie l'absence de continuité et de proportionnalité dans la tentative des Lax Kw'alaams d'instaurer une pêche commerciale pleine et entière au XXI^e siècle sur un fondement aussi étroit que le commerce ancestral de la graisse d'eulakane qui préoccupait la juge du procès. Sa préoccupation était, à mon avis, bien fondée.

[9] Selon la juge du procès, les actes de procédure et la preuve étaient centrés sur la revendication par les Lax Kw'alaams du droit de pêcher commercialement. Leur prétention ultérieure à des « droits moindres et inclus » semble avoir été empruntée à la hâte au droit criminel et n'a pas vraiment émergé au procès avant la plaidoirie finale. La juge du procès a estimé que ce qu'elle percevait comme une tentative tardive des Lax Kw'alaams de reformuler leur revendication a porté préjudice aux gouvernements défendeurs.

[10] L'argument relatif aux « droits moindres et inclus » relève davantage de la procédure que du

nature, although, as will be discussed, the basis of the trial judge's rejection of the larger commercial right seems to me largely to dispose of the Lax Kw'alaams' claim to a lesser commercial right as well.

[11] The courts (including this Court) have long urged the negotiation of Aboriginal and treaty claims. If litigation becomes necessary, however, we have also said that such complex issues would be better sorted out in civil actions for declaratory relief rather than within the confines of regulatory proceedings. In a fisheries prosecution, for example, there are no pleadings, no pre-trial discovery, and few of the procedural advantages afforded by the civil rules of practice to facilitate a full hearing of all relevant issues. Such potential advantages are dissipated, however, if the ordinary rules governing civil litigation, including the rules of pleading, are not respected. It would not be in the public interest to permit a civil trial to lapse into a sort of free-ranging general inquiry into the practices and customs of pre-contact Aboriginal peoples from which, at the end of the day, the trial judge would be expected to put together a report on what Aboriginal rights might, if properly raised in the pleadings, have been established.

[12] At this point in the evolution of Aboriginal rights litigation, the contending parties are generally well resourced and represented by experienced counsel. Litigation is invariably preceded by extensive historical research, disclosure, and negotiation. If negotiations fail, the rules of pleading and trial practice are well understood. Tactical decisions are made on all sides. It is true, of course, that Aboriginal law has as its fundamental objective the reconciliation of Canada's Aboriginal and non-Aboriginal communities, and that the special relationship that exists between the Crown and Aboriginal peoples has no equivalent to the usual courtroom antagonism of warring commercial

fond, bien que, comme nous le verrons, les motifs pour lesquels la juge du procès a rejeté la revendication du droit à une pêche commerciale plus générale déterminent aussi en grande partie, à mon avis, le sort de la revendication, par les Lax Kw'alaams, d'un droit à une pêche commerciale plus restreinte.

[11] Les tribunaux (y compris notre Cour) appellent depuis longtemps à un règlement négocié des revendications de droits ancestraux ou issus de traités. Si, toutefois, un recours en justice devient nécessaire, notre Cour a aussi mentionné qu'il vaut mieux trancher des questions aussi complexes dans le cadre d'une action civile en jugement déclaratoire plutôt que dans le cadre limité d'une procédure réglementaire. Dans une poursuite pour une infraction relative à la pêche, par exemple, il n'y a ni acte de procédure, ni interrogatoire préalable et seulement quelques-uns des avantages d'ordre procédural qu'offrent les règles de procédure civile pour faciliter l'instruction complète de toutes les questions pertinentes. Toutefois, ces avantages potentiels s'évanouissent si les règles habituelles régissant les instances civiles, et notamment la plaidoirie, ne sont pas respectées. Il ne serait pas dans l'intérêt public de permettre qu'un procès civil se transforme en une sorte d'enquête générale tous azimuts sur les pratiques et coutumes précontact des peuples autochtones, à l'issue de laquelle le juge du procès aurait à dresser un rapport indiquant quels droits ancestraux pourraient avoir été établis, à condition d'avoir été évoqués comme il se doit dans les actes de procédure.

[12] À ce stade de l'évolution des litiges sur les droits ancestraux, la plupart des parties qui s'affrontent disposent d'abondantes ressources et sont représentées par des avocats d'expérience. Chaque instance est invariablement précédée d'une recherche historique approfondie, de la communication de renseignements et de négociations. Lorsque les négociations avortent, les parties connaissent bien les règles qui régissent la plaidoirie écrite et l'instruction. Elles prennent, de part et d'autre, des décisions stratégiques. Il est vrai, bien sûr, que l'objectif fondamental du droit des Autochtones est la réconciliation des collectivités autochtones et non autochtones du Canada, et que la relation spéciale

entities. Nevertheless, Aboriginal rights litigation is of great importance to non-Aboriginal communities as well as to Aboriginal communities, and to the economic well-being of both. The existence and scope of Aboriginal rights protected as they are under s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*, must be determined after a full hearing that is fair to all the stakeholders.

[13] As to the “honour of the Crown” and “fiduciary duties” branches of the Lax Kw’alaams’ claim, the trial judge held that no factual basis had been laid for such relief. She held that there was no relevant unilateral promise by the Crown in the reserve allocation process or otherwise, let alone a treaty. Accordingly, there was no conduct by the Crown by which the obligations claimed to exist could be generated. The honour of the Crown is a general principle that underlies all of the Crown’s dealings with Aboriginal peoples, but it cannot be used to call into existence undertakings that were never given.

[14] Finally, and somewhat belatedly, the Lax Kw’alaams brought to the forefront a claim to an Aboriginal right to a fishery for food, social and ceremonial purposes. The Lax Kw’alaams presently hold federal fisheries licences for these purposes. Their entitlement seems not to be a contentious issue. It was therefore not an issue of significance in the present litigation. Courts generally do not make declarations in relation to matters not in dispute between the parties to the litigation and it was certainly within the discretion of the trial judge to refuse to do so here.

II. Facts

A. *Historical Background*

[15] The Lax Kw’alaams First Nation consists of the descendants of an ancient “fishing people”

qui existe entre la Couronne et les peuples autochtones ne trouve pas d’équivalent dans les batailles judiciaires habituelles entre des entités commerciales aux intérêts opposés. Les litiges sur les droits ancestraux revêtent néanmoins une grande importance tant pour les collectivités non autochtones que pour les collectivités autochtones et pour le bien-être économique des unes et des autres. Une décision sur l’existence et la portée de droits ancestraux garantis par le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* ne peut être rendue qu’après une audition complète et équitable pour tous les intéressés.

[13] Quant aux volets de la revendication des Lax Kw’alaams fondés sur les « obligations fiduciaires » et l’« honneur de la Couronne », la juge du procès a conclu qu’aucun fondement factuel n’avait été établi pour les étayer. Elle a conclu qu’il n’existait aucune promesse unilatérale pertinente qui aurait été faite par la Couronne lors de l’attribution des réserves ou à une autre occasion, et encore moins de traité. Aucun acte de la Couronne n’a donc pu donner naissance aux obligations alléguées. L’honneur de la Couronne est un principe général qui sous-tend tous les rapports de la Couronne avec les peuples autochtones, mais on ne peut y avoir recours pour créer des engagements qui n’ont jamais été pris.

[14] Finalement, et quelque peu tardivement, les Lax Kw’alaams ont revendiqué au premier plan le droit ancestral de pêcher à des fins alimentaires, sociales et rituelles. Les Lax Kw’alaams détiennent actuellement à ces fins des permis de pêche délivrés par le gouvernement fédéral. Leur droit ne semble pas être litigieux. Il n’était donc pas réellement en cause en l’espèce. En règle générale, les tribunaux ne rendent pas de jugement déclaratoire sur des questions qui ne sont pas en litige entre les parties, et le refus de le faire en l’espèce relevait assurément du pouvoir discrétionnaire de la juge du procès.

II. Les faits

A. *Historique*

[15] La Première Nation des Lax Kw’alaams est constituée des descendants d’un ancien

comprising the several tribes or houses of the Coast Tsimshian. In their traditional territories and fishing sites along the northwest coast of British Columbia salmon and other fish were in abundant supply. The Coast Tsimshian were organized into a sophisticated society characterized by complex relationships based on “rank” and kinship. Their “seasonal round” of activity was determined largely by the availability and location of salmon, halibut, herring spawn, seaweed, shellfish and the eulachon. According to the trial judge, the salmon and eulachon

were revered in ritual, endowed with supernatural qualities in the halait, or *adaawx*, and formed the core of the subsistence economy. All other Fish Resources pale by comparison. [para. 225]

[16] The trial judge found that pre-contact (said to be around 1793) “the harvesting and consumption of Fish Resources and Products, including the creation of a surplus supply for winter consumption, was an integral part of their distinctive culture” (para. 494). The Coast Tsimshian people had existed primarily “within a subsistence economy” although “some form of loosely termed trade” prior to contact had been shown (para. 495). Such trade had involved “primarily gift exchange between kin at feasts and potlatches, or exchange of luxury goods such as slaves, coppers, dentalium [shellfish gathered from the ocean floor] and eulachon grease” (*ibid.*).

[17] On appeal, the eulachon became central to the claim for an Aboriginal right to a modern commercial fishery. These fish were harvested for a few weeks in late winter (primarily, if not entirely, at locations along the Nass River) and were eaten fresh, smoked or dried for later use, or rendered into oil or grease by a process described as follows:

[TRADUCTION] « peuple de pêcheurs » regroupant les diverses tribus ou maisons des Tsimshians de la côte. Le saumon et d'autres poissons vivaient en abondance sur leurs territoires et dans leurs lieux de pêche traditionnels situés le long de la côte nord-ouest de la Colombie-Britannique. Les Tsimshians de la côte étaient organisés en société évoluée qui se caractérisait par des rapports complexes fondés sur le « rang » et les liens du sang. Leurs [TRADUCTION] « activités saisonnières » étaient largement fonction de la disponibilité du saumon, du flétan, de la roque de hareng, des algues, des crustacés et de l'eulakane ainsi que de l'endroit où les trouver. Selon la juge du procès, le saumon et l'eulakane

[TRADUCTION] étaient vénérés lors des cérémonies et on leur attribuait des pouvoirs surnaturels dans le *halait* ou l'*adaawx*, et ils constituaient la base de l'économie de subsistance. Les autres ressources halieutiques avaient très peu d'importance en comparaison. [par. 225]

[16] La juge du procès a conclu qu'avant le contact avec les Européens, vers 1793, [TRADUCTION] « la récolte et la consommation des ressources halieutiques et des produits de la pêche, y compris l'accumulation de provisions pour l'hiver, faisaient partie intégrante de leur culture distinctive » (par. 494). Les Tsimshians de la côte pratiquaient surtout « une économie de subsistance », même s'il a été démontré qu'ils se livraient à une « forme de commerce au sens large » à l'époque précontact (par. 495). Pareil commerce consistait « principalement en des échanges de cadeaux entre parents lors de festins et de potlatches, ou en des échanges de biens de luxe comme des esclaves, des objets en cuivre, du dentalium [crustacé pêché au fond de l'océan] et de la graisse d'eulakane » (*ibid.*).

[17] En appel, l'eulakane est devenu un élément clé de la revendication d'un droit ancestral de pratiquer une pêche commerciale moderne. Cette espèce de poisson était récoltée durant quelques semaines à la fin de l'hiver (principalement, voire exclusivement, le long de la rivière Nass) et on le mangeait frais, on le fumait ou le séchait pour usage ultérieur, ou on en extrayait de l'huile ou de la graisse par le procédé suivant :

Eulachon were stored in pits dug into the ground or in big cedar plank bins for a little over a week. They were then boiled in large wood vats — sometimes dugout canoes were pressed into service — and the freed oil was skimmed from the surface for storage in wooden boxes or the bulbs and long hollow stems of kelp. When cooled to around 10°C the oil firms to a butterlike consistency and does not liquefy again until the temperature has been raised to about 21°C.

(Court of Appeal reasons, at para. 1, citing D. Mitchell and L. Donald, “Sharing Resources on the North Pacific Coast of North America: The Case of the Eulachon Fishery” (2001), 43 *Anthropologica* 19, at p. 21.)

The grease thus produced was exchanged between kin at feasts and potlatches along with other “luxury goods” (Court of Appeal reasons, at para. 2). Eulachon grease was a preservative for perishable food stuffs such as berries, and much valued for that purpose.

[18] Almost a century later, in the 1880s, the Lax Kw’alaams were allotted reserves and fishing stations within their traditional territories. They allege that quite apart from their claims to s. 35(1) Aboriginal rights, various government officials at that time made promises about access to the commercial fishery that implicate the honour of the Crown giving rise to the Crown’s trust-like or fiduciary duty to ensure that the Lax Kw’alaams have access to the commercial fishery. At issue is the significance to be attached to the “explanations” given to the Coast Tsimshian by Reserve Commissioner Peter O’Reilly, who began setting apart reserves on the Northwest Coast in 1881, as follows:

I carefully explained to the Nass and Tsimpsean Indians, that in assigning to them the several stations on the coast and tidal waters, *no* exclusive right of fishing was conveyed, but that they would, like their white brethren, be subject in every respect to the laws

[TRADUCTION] Les eulakanes étaient entreposés dans des fosses creusées à même le sol ou dans de grands coffres en cèdre pendant un peu plus d’une semaine. Ils étaient ensuite bouillis dans de grandes cuves de bois — à défaut de cuves, on se servait de pirogues — et on prélevait à la surface l’huile qui s’en dégageait pour l’entreposer dans des caisses de bois ou des bulbes et de longues tiges de varech. Lorsqu’elle est refroidie à une température d’environ 10 °C, l’huile acquiert la consistance du beurre et ne se liquéfie à nouveau qu’à une température d’environ 21 °C.

(Motifs de la Cour d’appel, par. 1, citant D. Mitchell et L. Donald, « Sharing Resources on the North Pacific Coast of North America : The Case of the Eulachon Fishery » (2001), 43 *Anthropologica* 19, p. 21.)

On s’échangeait la graisse ainsi obtenue et d’autres [TRADUCTION] « biens de luxe » entre parents lors de festins et de potlachs (motifs de la Cour d’appel, par. 2). La graisse d’eulakane servait à conserver des denrées périssables comme les baies et on lui attachait une grande valeur pour cette raison.

[18] Presque un siècle plus tard, dans les années 1880, les Lax Kw’alaams se sont vu attribuer des réserves et des campements de pêche sur leurs territoires traditionnels. Les Lax Kw’alaams soutiennent que, sans égard aux droits ancestraux protégés par le par. 35(1) qu’ils prétendent détenir, plusieurs représentants du gouvernement de l’époque leur ont fait des promesses quant à la possibilité de pêcher commercialement qui mettent en cause l’honneur de la Couronne, de sorte que cette dernière a l’obligation fiduciaire ou analogue de s’assurer que les Lax Kw’alaams aient accès à une pêche commerciale. Les parties ne s’entendent pas sur la portée des « explications » suivantes données aux Tsimshians de la côte par le commissaire des réserves Peter O’Reilly, qui a commencé en 1881 à établir des réserves sur la côte nord-ouest :

[TRADUCTION] J’ai expliqué soigneusement aux Indiens de la rivière Nass et aux Indiens Tsimpseans qu’en leur attribuant plusieurs campements sur la côte et dans les eaux à marée, on ne leur conférait *aucun* droit de pêche exclusive, mais que, comme leurs frères

and regulations set forth in the Fishery Acts of the Dominion. [Emphasis in original.]

(P. O'Reilly, Indian Reserve Commissioner to Superintendent-General of Indian Affairs, April 8, 1882. Copy in *Annual Report of the Department of Indian Affairs for the Year Ended 31st December, 1882* (1883), 88, at p. 91.)

[19] At all relevant times the Lax Kw'alaams held a communal Aboriginal licence from the federal Department of Fisheries and Oceans to harvest fish for food, social, and ceremonial purposes.

B. *The Pleadings*

[20] As the state of the pleadings plays an important role in the outcome of this appeal, it is important to set out the essential details. In their Second Amended Statement of Claim, the Lax Kw'alaams asserted, at para. 28, that each of the ancestral coastal Tsimshian tribes was “a distinctive aboriginal society engaged in a sophisticated economy based predominantly on the harvesting, managing, processing, consuming and trading of all species of fish, shellfish and aquatic plants . . . that were available . . . from time to time within their Tribal Territories”. Paragraphs 30-31 pleaded:

The harvesting, managing, processing, consuming and trading of Fisheries Resources were central features of each Tribe's economy and were customs, practices or traditions that were integral to the distinctive aboriginal culture of each Tribe at and before Contact. . . .

The Lax Kw'alaams Band, or, in the alternative, each Allied Tsimshian Tribe, holds existing aboriginal rights to harvest any Fisheries Resource available to them within the Lax Kw'alaams Territory for consumption and sale to sustain their communities, accumulate and generate wealth and maintain and develop their economy. [Emphasis added.]

blancs, ils seraient assujettis, à tous égards, aux lois et aux règlements établis par les actes du Dominion relatifs aux pêches. [En italique dans l'original.]

(P. O'Reilly, commissaire des réserves indiennes, au surintendant général des Affaires indiennes, 8 avril 1882. Copie dans *Annual Report of the Department of Indian Affairs for the Year Ended 31st December, 1882* (1883), 88, p. 91.)

[19] À toutes les époques pertinentes, les Lax Kw'alaams détenaient un permis de pêche communautaire des Autochtones délivré par le ministère fédéral des Pêches et Océans, qui leur permettait de récolter le poisson à des fins alimentaires, sociales et rituelles.

B. *Les actes de procédure*

[20] Comme la teneur des actes de procédure joue grandement dans l'issue du présent pourvoi, il importe d'en exposer les détails essentiels. Les Lax Kw'alaams affirment, au par. 28 de leur deuxième déclaration modifiée, que chacune des tribus ancestrales des Tsimshians de la côte était [TRADUCTION] « une société autochtone distinctive qui participait à une économie complexe fondée principalement sur la récolte, la gestion, la transformation, la consommation et le commerce de toutes les espèces de poisson, de crustacés et de plantes aquatiques [. . .] disponibles [. . .] à un moment ou à un autre sur leurs territoires tribaux ». Les paragraphes 30-31 disaient ce qui suit :

[TRADUCTION] La récolte, la gestion, la transformation, la consommation et le commerce des ressources halieutiques figuraient parmi les principaux éléments de l'économie de chaque tribu et constituaient des coutumes, pratiques ou traditions qui faisaient partie intégrante de la culture autochtone distinctive de chaque tribu au moment du contact avec les Européens et avant leur arrivée. . . .

La Bande des Lax Kw'alaams ou, subsidiairement, chacune des tribus Tsimshianes alliées, est titulaire des droits ancestraux existants de récolter toute ressource halieutique disponible sur son territoire à des fins de consommation et de vente pour subvenir aux besoins de ses collectivités, accumuler et produire de la richesse ainsi que maintenir et développer son économie. [Je souligne.]

[21] In response to a request by the Attorney General of Canada for particulars as to what was meant by this pleading, counsel for the Lax Kw'alaams stated that

they have an aboriginal right or aboriginal rights to harvest any Fisheries Resource available to them within the Lax Kw'alaams Territory for their own consumption or to sell to others in order to acquire money, goods or services to sustain the Lax Kw'alaams communities economically, to generate economic growth in those communities, and to allow persons in the community to accumulate and generate wealth. [Emphasis added; Amended Response, at para. 27(b).]

These particulars did not, I think, add much specificity to the pleadings, but the issue was not pursued by the Crown.

[22] It was further asserted that the accumulation of wealth in the Coast Tsimshian society had depended on trade, and that fisheries resources were the essential trade item by which tribes and house groups acquired wealth. The “accumulation and redistribution of wealth to acquire or retain a high rank” within Tsimshian society were said in the claim to be integral features of their distinctive Aboriginal culture (Second Amended Statement of Claim, at para. 49).

[23] Paragraph 62 of the Second Amended Statement of Claim is somewhat repetitious of paras. 30-31. The Lax Kw'alaams asserted an Aboriginal right “to harvest, manage, and sell on a commercial scale Fisheries Resources and [processed] Fish Products . . . for the purpose of sustaining their communities, accumulating and generating wealth, and maintaining their economy” (emphasis added).

[24] The Lax Kw'alaams stated that by “commercial scale” they meant the exchange of “Fisheries Resources for money, goods or services, on a large scale” and that they had used the words “selling”

[21] En réponse à une demande de précisions du procureur général du Canada sur le sens de cet argument, les avocats des Lax Kw'alaams ont affirmé que

[TRADUCTION] [les Lax Kw'alaams] ont le ou les droits ancestraux de récolter toutes les ressources halieutiques disponibles sur le territoire des Lax Kw'alaams pour leur propre consommation ou pour les vendre à autrui afin d'obtenir de l'argent, des biens ou des services dans le but de subvenir aux besoins des collectivités des Lax Kw'alaams sur le plan économique, d'assurer la croissance économique de ces collectivités, et de permettre aux résidents de la collectivité d'accumuler et de générer de la richesse. [Je souligne; réponse modifiée, al. 27b.)]

Je ne crois pas que ces renseignements fournissent beaucoup de précisions sur les actes de procédure, mais la Couronne n'a pas demandé d'autres éclaircissements.

[22] On a en outre affirmé que l'accumulation de la richesse dans la société des Tsimshians de la côte dépendait du commerce et que les ressources halieutiques constituaient l'objet de traite essentiel grâce auquel les tribus et les maisons pouvaient acquérir de la richesse. Selon la revendication, [TRADUCTION] « l'accumulation et la répartition de la richesse pour acquérir ou conserver un rang élevé » dans la société des Tsimshians faisaient partie intégrante de leur culture autochtone distinctive (deuxième déclaration modifiée, par. 49).

[23] Le paragraphe 62 de la deuxième déclaration modifiée reprend quelque peu les par. 30-31. Les Lax Kw'alaams ont revendiqué un droit ancestral [TRADUCTION] « de récolter, gérer et vendre, à une échelle commerciale, les ressources halieutiques et les produits [de la transformation] du poisson [. . .] dans le but de subvenir aux besoins de leurs collectivités, d'accumuler et de générer de la richesse et de maintenir leur économie » (je souligne).

[24] Les Lax Kw'alaams ont affirmé que, par [TRADUCTION] « échelle commerciale », ils entendent l'échange « à grande échelle de ressources halieutiques contre de l'argent, des biens ou des

and “trading” interchangeably (see Amended Response, at paras. 54(d) and (f)).

[25] With respect to the relief claimed, the Lax Kw'alaams sought:

- (a) a declaration that the Lax Kw'alaams or, in the alternative, each of the Allied Tsimshian Tribes, have existing aboriginal rights within the meaning of s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982* to harvest all species of Fisheries Resources within the constitutional jurisdiction of Canada in the Tribal Territories;
- (b) a declaration that the Lax Kw'alaams or, in the alternative, each of the Allied Tsimshian Tribes, have existing aboriginal rights within the meaning of s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982* to sell on a commercial scale all species of Fisheries Resources within the constitutional jurisdiction of Canada that they harvest from the Tribal Territories; [Emphasis added; Second Amended Statement of Claim, at para. 95.]

[26] The trial judge combined the two pleas into one paragraph, characterizing the principal relief sought as follows:

The relief sought by the plaintiffs includes Declarations that:

- a. the plaintiffs have an existing Aboriginal right within the meaning of s. 35(1) of the *Constitution Act* of [1982] to harvest and sell on a commercial scale all species of Fisheries Resources that they harvest from their Claimed Territories; [Emphasis added; para. 97.]

The Lax Kw'alaams also sought a declaration that Canada has breached fiduciary obligations and the honour of the Crown in relation to the fisheries.

III. Judicial History

- A. *British Columbia Supreme Court (Madam Justice Satanove (now Madam Justice Kloegman)), 2008 BCSC 447, [2008] 3 C.N.L.R. 158*

[27] Before trial, an order was made that severed from the proceeding the question of Aboriginal title

services » et qu'ils ont employé de manière interchangeable les termes « vente » et « commerce » (réponse modifiée, al. 54d) et f)).

[25] Quant au redressement demandé, voici ce que les Lax Kw'alaams ont sollicité :

[TRADUCTION]

- a) un jugement déclarant que les Lax Kw'alaams ou, subsidiairement, chacune des tribus Tsimshianes alliées détiennent les droits ancestraux existants, au sens du par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, de récolter toutes les espèces de ressources halieutiques relevant de la compétence constitutionnelle du Canada sur les territoires tribaux;
- b) un jugement déclarant que les Lax Kw'alaams ou, subsidiairement, chacune des tribus Tsimshianes alliées détiennent les droits ancestraux existants, au sens du par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, de vendre, à une échelle commerciale, toutes les espèces de ressources halieutiques relevant de la compétence constitutionnelle du Canada qu'elles récoltent sur les territoires tribaux; [Je souligne; deuxième déclaration modifiée, par. 95.]

[26] La juge du procès a fusionné les deux revendications en un seul paragraphe, caractérisant en ces termes le principal redressement demandé :

[TRADUCTION] Les demandeurs sollicitent notamment un jugement déclaratoire statuant que :

- a. Les demandeurs détiennent un droit ancestral existant, au sens du par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle* de [1982], de récolter et de vendre, à une échelle commerciale, toutes les ressources halieutiques qu'ils récoltent sur les territoires qu'ils revendiquent. [Je souligne; par. 97.]

Les Lax Kw'alaams sollicitent également un jugement déclarant que le Canada a manqué à des obligations fiduciaires et à l'honneur de la Couronne en matière de pêche.

III. Historique judiciaire

- A. *Cour suprême de la Colombie-Britannique (la juge Satanove (maintenant la juge Kloegman)), 2008 BCSC 447, [2008] 3 C.N.L.R. 158*

[27] Avant le procès, une ordonnance a dissocié la question du titre aborigène de l'instance (2006

(2006 BCSC 1463 (CanLII)). At trial, the claims not severed were dismissed. The trial judge did not address the question of infringement, because she found there to be no existing Aboriginal right.

[28] The trial judge was not satisfied that trade in any fish or fish products other than eulachon grease could properly be described as integral to the Lax Kw'alaams distinctive culture (para. 495). Such sporadic trade as may have existed in other fishery resources in no way constituted “a central and significant part of the society’s distinctive culture”, or in any way made their society “truly . . . what it was” (*R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507, at para. 55 (emphasis deleted), cited by trial judge, at para. 496). Such sporadic trade was low volume, opportunistic, irregular, for food, social and ceremonial purposes, and purely incidental to fundamental pre-contact Coast Tsimshian kinship relations, potlatch, and ranked society (para. 496). The potlatch rested on a cultural and ceremonial basis that was quite different from a commercial marketplace.

[29] Ultimately, the trial judge concluded, “the plaintiffs’ simplistic position that the ancient trade in eulachon grease has transmogrified to a modern day right to commercial fishing of salmon, halibut and all other marine and riverine species of fish, ignores the fundamental fact that the Coast Tsimshian fished for sustenance, not for trade” (para. 499 (emphasis added)). Specifically,

[t]he rendering of the eulachon into oil was an unique ancestral practice that brought wealth and prestige to the society, but it was not inter-related with the subsistence fishing of salmon, halibut, and other Fish Resources and Products. [para. 499]

BCSC 1463 (CanLII)). Les revendications restantes ont été rejetées au procès. La juge du procès n’a pas abordé la question de l’atteinte aux droits, parce qu’elle a conclu à l’absence d’un droit ancestral existant.

[28] La juge du procès n’était pas convaincue que le commerce de quelque poisson ou autre produit de la pêche que ce soit, hormis la graisse d’eulakane, pouvait être considéré à juste titre comme faisant partie intégrante de la culture distinctive des Lax Kw’alaams (par. 495). Le commerce sporadique d’autres ressources halieutiques, tel qu’il a peut-être existé, ne constituait aucunement « un élément fondamental et important de la culture distinctive de cette société », ni ne faisait « véritablement [. . .] de la société ce qu’elle était », de quelque façon que ce soit (*R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507, par. 55 (soulignement omis), cité par la juge du procès, par. 496). Ce commerce sporadique était de faible envergure et irrégulier, découlait d’occasions fortuites, visait des fins alimentaires, sociales et rituelles, et était purement accessoire aux rapports entre parents, au potlatch et à la société hiérarchisée, fondamentaux pour les Tsimshians de la côte avant leur contact avec les Européens (par. 496). Le potlatch reposait sur des assises culturelles et rituelles complètement différentes de celles d’un marché commercial.

[29] La juge du procès a conclu en dernière analyse que [TRADUCTION] « la position simpliste des demandeurs selon laquelle l’ancien commerce de la graisse d’eulakane s’est métamorphosé en droit contemporain de pêcher commercialement le saumon, le flétan et toutes les autres espèces de poisson de mer ou de rivière ne tient pas compte du fait fondamental que les Tsimshians de la côte pêchaient à des fins de subsistance, et non à des fins commerciales » (par. 499 (je souligne)). Plus précisément,

[TRADUCTION] [I]a transformation de l’eulakane en huile constituait une pratique ancestrale unique qui a procuré richesse et prestige à la société, mais elle n’était pas reliée à la pêche du saumon, du flétan et d’autres ressources halieutiques et produits de la pêche à des fins de subsistance. [par. 499]

[30] The trial judge then added, in what could be taken as a comment on a lack of continuity and proportionality, in a paragraph already set out above but reproduced here for convenience:

In my opinion, it would be stretching the concept of an evolved Aboriginal right too far to say that the Coast Tsimshian practice of trading in eulachon grease is equivalent to a modern right to fish commercially all species in their Claimed Territories. [para. 501]

If one were to substitute for the words “is equivalent to” in this quotation the different words “provides a sufficient historical basis for”, I would respectfully agree with the proposition.

[31] With respect to the alternative claim that the Crown had breached its “trust-like or fiduciary obligatio[n]” to the Lax Kw’alaams by “restricting or denying” them access to harvest fish for commercial purposes, the trial judge found their version of the facts to be “notably one sided” (paras. 97 and 515-17). As the Crown had given “no promise of commercial fishing rights, exclusively or at all, to the Coast Tsimshian”, either as part of the reserve allotment process or otherwise, the Lax Kw’alaams lacked the legal foundation to establish that any fiduciary duty was owed to them (para. 518). Neither had the Lax Kw’alaams established that the Crown had acted dishonourably by subjecting them to the same limits and restrictions on fishing as all other fishers (para. 529). Therefore, the argument based on the honour of the Crown or fiduciary duty did not support the Lax Kw’alaams’ claim for access to commercial fishing in priority to non-Aboriginal fishers.

B. *British Columbia Court of Appeal (Newbury, Chiasson and Bennett JJ.A.)*, 2009 BCCA 593, 281 B.C.A.C. 88

[32] The appeal was dismissed. Newbury J.A. held that the trial judge had properly distinguished the eulachon fishery from that of other species in

[30] La juge du procès a ensuite tenu, dans un paragraphe déjà cité, mais reproduit ci-dessous par souci de commodité, des propos que l’on pourrait qualifier d’observation sur l’absence de continuité et de proportionnalité :

[TRADUCTION] J’estime qu’on élargirait indûment la notion de droit ancestral qui a évolué en disant que le commerce de la graisse d’eulakane pratiqué par les Tsimshians de la côte équivaut à un droit contemporain de pêcher commercialement toutes les espèces sur les territoires qu’ils revendiquent. [par. 501]

Si l’on remplaçait dans cet extrait les mots « équivaut à » par l’expression « fournit un fondement historique suffisant pour établir », je serais d’accord avec cette affirmation.

[31] Quant à l’allégation subsidiaire que la Couronne a manqué à son [TRADUCTION] « obligatio[n] fiduciair[e] ou analogu[e] » envers les Lax Kw’alaams en leur « refusant ou limitant » l’accès à la récolte du poisson à des fins commerciales, la juge du procès a estimé que la version des faits des Lax Kw’alaams ne montrait « vraiment qu’un côté de la médaille » (par. 97 et 515-517). Puisque la Couronne « n’a promis aux Tsimshians de la côte aucun droit, exclusif ou non, de pêche commerciale » dans le cadre de l’attribution des réserves ou à une autre occasion, les Lax Kw’alaams n’avaient aucun fondement juridique pour étayer l’existence d’une quelconque obligation fiduciaire envers eux (par. 518). Les Lax Kw’alaams n’ont pas non plus établi que la Couronne avait manqué à l’honneur en leur imposant les mêmes limites et restrictions en matière de pêche qu’à tous les autres pêcheurs (par. 529). L’argument fondé sur l’honneur de la Couronne ou l’obligation fiduciaire n’était donc pas la revendication par les Lax Kw’alaams d’un accès à la pêche commerciale, qui aurait priorité sur celui des pêcheurs non autochtones.

B. *Cour d’appel de la Colombie-Britannique (les juges Newbury, Chiasson et Bennett)*, 2009 BCCA 593, 281 B.C.A.C. 88

[32] La Cour d’appel a rejeté l’appel. Selon la juge Newbury, la juge du procès a distingué avec raison la pêche à l’eulakane de celle d’autres espèces en

defining the pre-contact activity (paras. 42-43). She held that the nature and scope of the pre-contact activity is determined on the facts of each case (para. 35). Given the trial judge's finding that the eulachon trade was a species-specific activity not related to the broader harvesting of fish for subsistence is supported by *R. v. N.T.C. Smokehouse Ltd.*, [1996] 2 S.C.R. 672, it would be misdescribing the Coast Tsimshian way of life to say that *trading* fish resources generally was integral to their way of life when that trade was relatively minor and limited to one species (para. 38). Other species like salmon were only harvested for subsistence purposes and were so plentiful as not to be the subject of trade except in times of famine (paras. 2, 23, 26 and 43).

[33] She found that the appropriate question was whether commercial fishing is the logical evolution of the Lax Kw'alaams' traditional practices relating to eulachon grease (para. 45). There was no basis upon which to reverse the trial judge's conclusion that the pre-contact eulachon trade was not the precursor of a modern right to fish all species for commercial purposes (para. 48).

[34] As to the "lesser rights" argument, the Lax Kw'alaams argued that the reference to "sustain[ing] their communities" amounted to the assertion of a more limited commercial right (paras. 58-59, citing the Second Amended Statement of Claim, at para. 31). In Newbury J.A.'s view, however, the trial judge's refusal to consider "lesser rights" was a "judgment call" that was open to her (para. 62). The trial judge was best placed to evaluate the pleadings, argument and prejudice to the other parties.

[35] The appellants pointed to various instances in their pleadings that referred to "consumption" and "sale" or "trade", but the Court of Appeal stated that "[i]t should not be necessary for a court to try to piece together various obscure references

définissant l'activité précontact (par. 42-43). Elle a statué que la nature et l'étendue de l'activité précontact dépendent des faits de l'espèce (par. 35). Comme l'arrêt *R. c. N.T.C. Smokehouse Ltd.*, [1996] 2 R.C.S. 672, étaye la conclusion de la juge du procès selon laquelle le commerce de l'eulakane était propre à cette espèce et ne se rapportait pas à la récolte plus générale du poisson à des fins de subsistance, il serait inexact de décrire le *commerce* des ressources halieutiques en général comme une partie intégrante du mode de vie des Tsimshians de la côte, alors que ce commerce était relativement limité et ne touchait qu'une seule espèce (par. 38). Les autres espèces comme le saumon n'étaient récoltées qu'à des fins de subsistance et étaient tellement abondantes qu'elles n'étaient pas un objet de commerce, sauf en temps de famine (par. 2, 23, 26 et 43).

[33] Elle a conclu que la question à trancher était de savoir si la pêche commerciale procède de l'évolution logique des pratiques traditionnelles des Lax Kw'alaams qui se rapportent à la graisse d'eulakane (par. 45). Il n'existait aucune raison d'infirmier la conclusion de la juge du procès que le commerce de l'eulakane pratiqué avant le contact avec les Européens n'a pas ouvert la voie à un droit contemporain de pêcher toutes les espèces à des fins commerciales (par. 48).

[34] Quant à l'argument des « droits moindres », les Lax Kw'alaams ont soutenu que la mention du fait de [TRADUCTION] « subvenir aux besoins de leurs collectivités » était assimilable à la revendication d'un droit commercial plus restreint (par. 58-59, citant la deuxième déclaration modifiée, par. 31). Mais selon la juge Newbury, le refus de la juge du procès de prendre en considération les « droits moindres » était une [TRADUCTION] « question d'appréciation » qui relevait de sa compétence (par. 62). La juge du procès était la mieux placée pour évaluer les actes de procédure, l'argumentation et le préjudice que subiraient les autres parties.

[35] Les appelants ont mentionné plusieurs passages de leurs actes de procédure où il est fait état de la [TRADUCTION] « consommation » et de la « vente » ou du « commerce », mais la Cour d'appel a affirmé que [TRADUCTION] « le tribunal ne

in a pleading in order to discern what is being sought” (para. 65).

[36] With respect to the assertion that the Crown had promised in the process of reserve allotment that the Lax Kw’alaams would “be kept in the fishing business alongside other fishers’ — i.e., a non-exclusive right to fish commercially” (para. 76), the trial judge had found that no such promise was made and the trial judge’s finding that there was no basis for the Lax Kw’alaams to be treated preferentially to non-Aboriginal fishers was fully justified by the evidence (para. 77).

IV. Issues

[37] The Lax Kw’alaams raise the following issues:

1. Did the courts below err by characterizing the appellants’ Aboriginal rights claim based on the pleadings rather than an enquiry into pre-contact practices?
2. Did the courts below err in isolating the ancestral practice of trading in eulachon grease “as a practice of its own” rather than focusing more comprehensively on the Coast Tsimshian “fishing way of life”?
3. Did the courts below err by refusing to consider whether the appellants had established a “lesser” right to fish on a “moderate” scale “to sell to others in order to acquire money, goods or services to sustain [their] communities” or to an Aboriginal right to fish for food, social and ceremonial purposes?
4. Did the courts below err in dismissing the claim based on the honour of the Crown by

devrait pas avoir à assembler différentes allusions obscures faites dans un acte de procédure pour saisir ce qui est sollicité » (par. 65).

[36] Pour ce qui est de l’affirmation que, lors de l’attribution des réserves, la Couronne avait promis que les Lax Kw’alaams [TRADUCTION] « continueraient de participer à l’industrie de la pêche avec les autres pêcheurs” — c.-à-d. qu’ils auraient un droit non exclusif de pêcher commercialement » (par. 76), la juge du procès a estimé qu’aucune promesse de ce genre n’avait été faite et sa conclusion que rien ne permettait d’accorder aux Lax Kw’alaams un traitement préférentiel par rapport aux pêcheurs non autochtones était tout à fait justifiée par la preuve (par. 77).

IV. Questions en litige

[37] Les Lax Kw’alaams soulèvent les questions suivantes :

1. Les juridictions inférieures ont-elles commis une erreur en caractérisant la revendication de droits ancestraux des appelants en se fondant sur les actes de procédure plutôt qu’en analysant les pratiques antérieures au contact avec les Européens?
2. Les juridictions inférieures ont-elles commis une erreur en isolant la pratique ancestrale du commerce de la graisse d’eulakane comme une [TRADUCTION] « pratique unique » plutôt que d’examiner de façon plus exhaustive le « mode de vie axé sur la pêche » des Tsimshians de la côte?
3. Les juridictions inférieures ont-elles commis une erreur en refusant de déterminer si les appelants avaient établi l’existence d’un droit « moindre » de pratiquer la pêche à une échelle « modérée » de façon à en [TRADUCTION] « vendre [les produits] à autrui afin d’obtenir de l’argent, des biens ou des services dans le but de subvenir aux besoins [de leurs] collectivités » ou d’un droit ancestral de pêcher à des fins alimentaires, sociales et rituelles?
4. Les juridictions inférieures ont-elles commis une erreur en rejetant l’allégation fondée sur

concluding that, in the allotment of fishing station reserves, the Crown did not expressly or impliedly promise the Lax Kw'alaams a preferential fishery?

V. Analysis

[38] The Lax Kw'alaams First Nation and its ancestors have inhabited the northwest coast of British Columbia for thousands of years. In the pre-contact period prior to 1793, the basis of their culture and sustenance was the fishery. The principal issue in the present action is whether its ancestral practices, customs and traditions provide a proper legal springboard to the right to harvest and sell all varieties of fish in a modern *commercial* fishery — a right that would be protected and privileged by s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*.

[39] In a series of decisions over the last 15 years the Court has worked out the test to establish such a right in the context of a defence to prosecutions for regulatory offences: see in particular *Van der Peet; R. v. Gladstone*, [1996] 2 S.C.R. 723; *N.T.C. Smokehouse; R. v. Marshall*, 2005 SCC 43, [2005] 2 S.C.R. 220 (“*Marshall (2005)*”); and *R. v. Sappier*, 2006 SCC 54, [2006] 2 S.C.R. 686. In such cases, it is the prosecution that establishes the boundaries of the controversy by the framing of the charge. Here, however, the Lax Kw'alaams First Nation is the moving party, and it lay in its hands to frame the action, within the *Supreme Court Civil Rules*, B.C. Reg. 168/2009, as it saw fit.

A. *Did the Trial Judge Err in Her Approach to Characterizing the Lax Kw'alaams' Claim?*

[40] The heart of the Lax Kw'alaams' argument on this point is that “before a court can characterize a claimed aboriginal right, it must first inquire and make findings about the pre-contact practices and way of life of the claimant group” (A.F., at para. 57 (emphasis in original)). I would characterize

l'honneur de la Couronne après avoir conclu que, lors de l'attribution des campements de pêche, la Couronne n'avait promis ni explicitement ni implicitement aux Lax Kw'alaams de leur accorder un traitement préférentiel en matière de pêche?

V. Analyse

[38] Les membres de la Première Nation des Lax Kw'alaams et leurs ancêtres vivent sur la côte nord-ouest de la Colombie-Britannique depuis des milliers d'années. Avant le contact avec les Européens, en 1793, leur culture et leur subsistance reposaient sur la pêche. La question principale en l'espèce est de savoir si les pratiques, coutumes et traditions ancestrales des Lax Kw'alaams peuvent, juridiquement, servir de tremplin pour que leur soit reconnu le droit de récolter et de vendre toutes les espèces de poisson dans le cadre d'une pêche *commerciale* moderne — un droit qui serait garanti par le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

[39] Dans une série d'arrêts rendus au cours des 15 dernières années, la Cour a élaboré le test servant à établir l'existence d'un tel droit dans le contexte d'une défense à une accusation d'infraction à un règlement : voir notamment *Van der Peet; R. c. Gladstone*, [1996] 2 R.C.S. 723; *N.T.C. Smokehouse; R. c. Marshall*, 2005 CSC 43, [2005] 2 R.C.S. 220 (« *Marshall (2005)* »); *R. c. Sappier*, 2006 CSC 54, [2006] 2 R.C.S. 686. En pareil cas, c'est la poursuite qui fixe les limites de la controverse en formulant l'accusation. En l'espèce, toutefois, la partie demanderesse est la Première Nation des Lax Kw'alaams et c'est à elle qu'il revenait de délimiter l'action comme bon lui semblait, dans le respect des *Supreme Court Civil Rules*, B.C. Reg. 168/2009.

A. *La juge du procès a-t-elle utilisé une méthode erronée pour caractériser la revendication des Lax Kw'alaams?*

[40] L'essence de l'argumentation des Lax Kw'alaams à cet égard est que, [TRADUCTION] « avant de caractériser un droit ancestral revendiqué, le tribunal doit d'abord procéder à une enquête et tirer des conclusions sur les pratiques et le mode de vie précontact du groupe de demandeurs »

this approach as a “commission of inquiry” model in which a commissioner embarks on a voyage of discovery armed only with very general terms of reference. Quite apart from being inconsistent with the jurisprudence that calls for “characterization of the claim” as a first step, the “commission of inquiry” approach is not suitable in civil litigation, even in civil litigation conducted under rules generously interpreted in Aboriginal cases to facilitate the resolution in the public interest of the underlying controversies.

[41] I would reject the appellants’ approach for three reasons. Firstly, it is illogical. The relevance of evidence is tested by reference to what is in issue. The statement of claim (which here did undergo significant amendment) defines what is in issue. The trial of an action should not resemble a voyage on the *Flying Dutchman* with a crew condemned to roam the seas interminably with no set destination and no end in sight.

[42] Secondly, it is contrary to authority. In *Van der Peet*, Lamer C.J. emphasized that the *first* task of the court, even in the context of a defence to a regulatory charge, is to characterize the claim:

... in assessing a claim to an aboriginal right a court must first identify the nature of the right being claimed; in order to determine whether a claim meets the test of being integral to the distinctive culture of the aboriginal group claiming the right, the court must first correctly determine what it is that is being claimed. The correct characterization of the appellant’s claim is of importance because whether or not the evidence supports the appellant’s claim will depend, in significant part, on what, exactly, that evidence is being called to support. [Emphasis added; para. 51.]

[43] Thirdly, it defies the relevant rules of civil procedure. Pleadings not only serve to define the issues but give the opposing parties fair notice of the case to meet, provide the boundaries and context for effective pre-trial case management, define the extent of disclosure required, and set the parameters of expert opinion. Clear pleadings minimize

(m.a., par. 57 (soulignement dans l’original)). Je dirais que cette méthode est une sorte de « commission d’enquête » menée par un commissaire qui part en expédition avec, pour seule arme, un mandat très général. Outre le fait qu’elle est incompatible avec la jurisprudence qui requiert en premier lieu la « caractérisation de la revendication », la méthode apparentée à une « commission d’enquête » ne convient pas dans un procès civil, même si ce procès civil est tenu conformément à des règles interprétées de façon libérale dans les affaires autochtones, pour faciliter la résolution des controverses sous-jacentes dans l’intérêt public.

[41] Je rejette la méthode proposée par les appelants pour trois raisons. Premièrement, elle est illogique. On évalue la pertinence de la preuve en fonction de ce qui est en litige. La déclaration (qui a été considérablement modifiée en l’espèce) définit ce qui est en litige. L’instruction d’une action ne doit pas ressembler à un voyage perpétuel du *Vaisseau fantôme*, dont l’équipage est condamné à errer sans fin sur les mers, sans destination précise.

[42] Deuxièmement, elle est contraire à la jurisprudence. Le juge en chef Lamer a souligné dans *Van der Peet* que la *première* tâche du tribunal est de caractériser la revendication, et ce, même dans le contexte d’une défense contre une accusation d’infraction à un règlement :

... dans l’appréciation de la revendication d’un droit ancestral, le tribunal doit d’abord déterminer la nature du droit revendiqué. Pour juger si une revendication satisfait au critère de la partie intégrante de la culture distinctive du groupe autochtone qui revendique ce droit, le tribunal doit d’abord délimiter correctement ce qui est revendiqué. Il est important de bien caractériser la revendication de l’appelante, car la réponse à la question de savoir si la preuve étaye sa revendication dépend, dans une large mesure, de la nature précise de ce que la preuve vise à établir. [Je souligne; par. 51.]

[43] Troisièmement, elle va à l’encontre des règles de procédure civile applicables. Les actes de procédure servent non seulement à définir les questions en litige, mais aussi à informer équitablement les parties adverses de ce qu’on leur reproche, à établir les limites et le contexte d’une bonne gestion de l’instance préalable au procès, à fixer l’étendue de

wasted time and may enhance prospects for settlement.

[44] In support of their “characterizing the right” argument, the Lax Kw’alaams cite *Sappier*, at paras. 24 and 46, but I do not read *Sappier* as departing from *Van der Peet* and its progeny. *Sappier* was a prosecution for unlawful possession or cutting down of Crown timber from Crown lands and the Court’s inquiry was whether the accused could establish an Aboriginal right to engage in that particular conduct. The Aboriginal right asserted by the defence was broader than necessary and in its broad generality risked being rejected as invalid. In that context (as in many other prosecutions), it was necessary for the Court to re-characterize and narrow the claimed right to satisfy the forensic needs of the defence without risking self-destruction of the defence by reason of overclaiming. See, for example, *Van der Peet* itself where a claim to a general commercial fishery was narrowed because the fish had been caught pursuant to a valid food fishery licence, and thus a claim to a right to *exchange* fish already caught “for money or other goods” would suffice to obtain an acquittal (paras. 52, 77-79). Similarly, in *R. v. Pamajewon*, [1996] 2 S.C.R. 821, in response to a charge of illegal gambling on a reserve, the Court treated a defence claim to a broad Aboriginal right “to manage the use of their reserve lands” as one of “excessive generality” (para. 27), i.e. broader than required to defeat the prosecution. The charge of illegal gambling would be met by a narrower right “to participate in, and to regulate, high stakes gambling activities” on the reserve (para. 26). In the result, it was held that even the narrower claim was not established on the evidence. The re-characterization of the defence claim in *Sappier* was another example in this line of cases.

la preuve à communiquer et à établir les paramètres de la preuve d’expert. Des actes de procédure clairs minimisent le gaspillage de temps et peuvent favoriser le règlement du litige.

[44] Les Lax Kw’alaams citent les par. 24 et 46 de l’arrêt *Sappier* à l’appui de leur argument relatif à la « caractérisation du droit », mais j’estime que cet arrêt ne s’écarte pas de la décision *Van der Peet* et de celles qui l’ont suivie. Il s’agissait, dans l’affaire *Sappier*, d’une poursuite pour possession illicite de bois provenant des terres de la Couronne ou coupe illicite de bois sur de telles terres et la Cour s’est demandé si l’accusé pouvait établir l’existence d’un droit ancestral de se livrer à ces activités précises. Le droit ancestral revendiqué par la défense était plus large que nécessaire et son caractère général risquait d’en entraîner le rejet pour cause d’invalidité. Dans ce contexte (et dans bien d’autres poursuites), la Cour devait caractériser à nouveau le droit revendiqué et en restreindre la portée pour permettre l’utilisation d’un moyen de défense devant le tribunal, sans courir le risque qu’il s’effondre de lui-même par suite d’une revendication excessive. Voir notamment l’arrêt *Van der Peet*, précisément, où l’on a restreint la revendication du droit général de pêcher commercialement parce que le poisson avait été pris en vertu d’un permis de pêche de subsistance valide et que la revendication du droit d’échanger le poisson déjà capturé « contre de l’argent ou d’autres biens » aurait suffi à obtenir un acquittement (par. 52 et 77-79). De même, dans *R. c. Pamajewon*, [1996] 2 R.C.S. 821, la Cour a jugé que la revendication d’un droit ancestral général « de gérer l’utilisation des terres de leurs réserves », formulée en défense à une accusation de jeu de hasard illégal dans une réserve, présentait « un degré excessif de généralité » (par. 27), c.-à-d. qu’elle avait une portée plus étendue que nécessaire pour faire échouer la poursuite. L’accusation de jeu de hasard illégal pouvait être contrée par le droit plus restreint « de participer à des activités de jeux de hasard à gros enjeux dans la réserve et de réglementer ces activités » (par. 26). La Cour a conclu, en définitive, que même cette revendication plus restreinte n’était pas étayée par la preuve. La reformulation de la revendication présentée en défense dans *Sappier* est un autre exemple de ce courant jurisprudentiel.

[45] To the extent the Lax Kw'alaams are saying that, in Aboriginal and treaty rights litigation, rigidity of form should not triumph over substance, I agree with them. However, the necessary flexibility can be achieved within the ordinary rules of practice. Amendments to pleadings are regularly made in civil actions to conform with the evidence on terms that are fair to all parties. The trial judge adopted the proposition that “he who seeks a declaration must make up his mind and set out in his pleading what that declaration is”, but this otherwise sensible rule should not be applied rigidly in long and complex litigation such as we have here. A case may look very different to *all* parties after a month of evidence than it did at the outset. If necessary, amendments to the pleadings (claim or defence) should be sought at trial. There is ample jurisprudence governing both the procedure and outcome of such applications. However, at the end of the day, a defendant must be left in no doubt about precisely what is claimed. No relevant amendments were sought to the prayer for relief at trial in this case.

[46] With these considerations in mind, and acknowledging that the public interest in the resolution of Aboriginal claims calls for a measure of flexibility not always present in ordinary commercial litigation, a court dealing with a s. 35(1) claim would appropriately proceed as follows:

1. First, at the characterization stage, identify the precise nature of the First Nation's claim to an Aboriginal right based on the pleadings. If necessary, in light of the evidence, refine the characterization of the right claimed on terms that are fair to all parties.
2. Second, determine whether the First Nation has proved, based on the evidence adduced at trial:

[45] Je suis d'accord avec les Lax Kw'alaams dans la mesure où ils affirment que la rigidité de la forme ne doit pas l'emporter sur le fond dans les litiges sur les droits ancestraux et issus de traités. Néanmoins, les règles de pratique ordinaires offrent la flexibilité voulue. En matière civile, on modifie couramment les actes de procédure, pour les rendre conformes à la preuve, selon des modalités équitables pour toutes les parties. La juge du procès a retenu la thèse selon laquelle [TRADUCTION] « la personne qui sollicite un jugement déclaratoire doit décider quelle devrait être la teneur de la déclaration souhaitée et l'énoncer dans sa plaidoirie écrite », mais il ne convient pas d'appliquer de façon rigide cette règle par ailleurs judicieuse dans des instances longues et complexes comme celle qui nous occupe. Il se peut que la perception de l'affaire par *toutes* les parties soit très différente, après un mois de présentation de la preuve, de ce qu'elle était à l'origine. Lorsque cela s'avère nécessaire, il faut demander l'autorisation de modifier les actes de procédure (déclaration ou défense) pendant le procès. Il existe une abondante jurisprudence sur la procédure relative aux demandes de cette nature et sur leur résultat. Toutefois, en dernière analyse, il ne faut laisser aucun doute au défendeur quant à ce qui est demandé précisément. En l'espèce, aucune autorisation d'apporter des modifications pertinentes à la demande de redressement n'a été sollicitée au cours du procès.

[46] Compte tenu de ces considérations et du fait que l'intérêt public à régler les revendications autochtones requiert une certaine souplesse qui n'est pas toujours présente dans les litiges commerciaux ordinaires, il conviendrait que le tribunal saisi d'une revendication fondée sur le par. 35(1) adopte la démarche suivante :

1. Premièrement, à l'étape de la caractérisation, déterminer la nature exacte du droit ancestral revendiqué par la première nation à partir des actes de procédure. Préciser si nécessaire la caractérisation du droit revendiqué eu égard à la preuve selon des modalités équitables pour toutes les parties.
2. Deuxièmement, déterminer, au vu de la preuve produite au procès, si la première nation a établi chacun des éléments suivants :

- (a) the existence of the pre-contact practice, tradition or custom advanced in the pleadings as supporting the claimed right; and
- (b) that this practice was integral to the distinctive pre-contact Aboriginal society.
3. Third, determine whether the claimed modern right has a reasonable degree of continuity with the “integral” pre-contact practice. In other words, is the claimed modern right demonstrably connected to, and reasonably regarded as a continuation of, the pre-contact practice? At this step, the court should take a generous though realistic approach to matching pre-contact practices to the claimed modern right. As will be discussed, the pre-contact practices must engage the essential elements of the modern right, though of course the two need not be exactly the same.
4. Fourth, and finally, in the event that an Aboriginal right to trade *commercially* is found to exist, the court, when delineating such a right should have regard to what was said by Chief Justice Lamer in *Gladstone* (albeit in the context of a *Sparrow* justification), as follows:
- (a) l’existence de la pratique, tradition ou coutume précontact invoquée dans les actes de procédure pour étayer le droit revendiqué;
- (b) le fait que cette pratique faisait partie intégrante de la société autochtone distinctive avant son contact avec les Européens.
3. Troisièmement, déterminer s’il y a une continuité raisonnable entre le droit contemporain revendiqué et la pratique précontact qui « faisait partie intégrante » de la société. Autrement dit, le droit contemporain revendiqué est-il manifestement lié à la pratique précontact et raisonnablement considéré comme le prolongement de cette pratique? À cette étape, le tribunal doit adopter une approche libérale, mais réaliste, en associant les pratiques précontact au droit contemporain revendiqué. Comme nous le verrons, les pratiques précontact doivent mettre en jeu les éléments essentiels du droit contemporain, bien que les deux n’aient évidemment pas à être parfaitement identiques.
4. Enfin, quatrièmement, si l’on constate l’existence d’un droit ancestral de pêcher *commerciallement*, le tribunal devra déterminer la teneur de ce droit en tenant compte des propos suivants tenus par le juge en chef Lamer dans *Gladstone* (quoique dans le contexte de l’application de la norme de justification établie dans *Sparrow*) :

Although by no means making a definitive statement on this issue, I would suggest that with regards to the distribution of the fisheries resource after conservation goals have been met, objectives such as the pursuit of economic and regional fairness, and the recognition of the historical reliance upon, and participation in, the fishery by non-aboriginal groups, are the type of objectives which can (at least in the right circumstances) satisfy this standard. In the right circumstances, such objectives are in the interest of all Canadians and, more importantly, the reconciliation of aboriginal societies with the rest of Canadian society may well depend on their successful attainment. [Emphasis in original; para. 75.]

Bien que je n’entende aucunement me prononcer de façon définitive sur cette question, je dirais qu’en ce qui concerne la répartition de ressources halieutiques données, une fois que les objectifs de conservation ont été respectés, des objectifs tels que la poursuite de l’équité sur les plans économique et régional ainsi que la reconnaissance du fait que, historiquement, des groupes non autochtones comptent sur ces ressources et participent à leur exploitation, sont le genre d’objectifs susceptibles (du moins dans les circonstances appropriées) de satisfaire à cette norme. Dans les circonstances appropriées de tels objectifs sont dans l’intérêt de tous les Canadiens et, facteur plus important encore, la conciliation de l’existence des sociétés autochtones avec le reste de la société canadienne pourrait bien dépendre de leur réalisation. [Soulignement et italiques dans l’original; par. 75.]

See also *R. v. Marshall*, [1999] 3 S.C.R. 533, at para. 41.

Voir aussi *R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 533, par. 41.

[47] In my view the trial judge proceeded correctly in her approach to characterization of the claim based on the pleadings and this ground of appeal should be rejected.

B. *Did the Trial Judge Err in Refusing to Consider a Modern Commercial Fishery to Be the Logical Evolution of a Pre-Contact Trade in Eulachon Grease?*

[48] The trial judge interpreted the pleadings as a single claim to an existing Aboriginal right within the meaning of s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*, “to harvest and sell on a commercial scale all species of Fisheries Resources that [the plaintiffs] harvest from their Claimed Territories” (para. 97). Although the Lax Kw’alaams sought two distinct and separate declarations, the fusion into a single claim for declaratory relief made by the trial judge was quite appropriate. There can be no sale without a prior harvesting of the fish and the whole point of harvesting the fish, according to the Second Amended Statement of Claim, was for commercial sale. The two elements of the claim are inextricably tied together.

[49] If established, an Aboriginal right is not frozen at contact, but is subject to evolution both in terms of the subject matter and the method of its exercise, depending on the facts.

[50] In terms of the mode of exercise, the courts have repeatedly recognized that fishing methods continue to evolve. The Aboriginal source of fishing rights does not require rights holders in the Pacific Northwest to fish from dugout canoes. Pre-contact trade in Pacific smoked salmon (if established) should not exclude preparation and sale of the frozen product when the technology became available. (All of this, of course, is subject to the interest of conservation and other substantial and compelling interests (*Sparrow*, at pp. 1108-10; and *N.T.C. Smokehouse*, at paras. 96-97).)

[47] À mon avis, la juge du procès a employé la bonne méthode pour caractériser la revendication à partir des actes de procédure et ce moyen d’appel doit être rejeté.

B. *La juge du procès a-t-elle commis une erreur en refusant de considérer que la pêche commerciale moderne procédait de l’évolution logique du commerce de la graisse d’eulakane pratiqué avant le contact avec les Européens?*

[48] La juge du procès a interprété les actes de procédure comme formant une seule revendication d’un droit ancestral existant, au sens du par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, soit le droit des demandeurs [TRADUCTION] « de récolter et de vendre à une échelle commerciale toutes les espèces de ressources halieutiques qu’ils récoltent sur les territoires qu’ils revendiquent » (par. 97). Bien que les Lax Kw’alaams aient sollicité deux déclarations distinctes, c’est à bon droit que la juge du procès les a fusionnées en une seule demande. Il est impossible de vendre du poisson sans l’avoir d’abord récolté et, selon la deuxième déclaration modifiée, la raison d’être de la récolte du poisson était sa vente à des fins commerciales. Les deux éléments de la revendication sont inextricablement liés l’un à l’autre.

[49] Si un droit ancestral est établi, il ne s’agit pas d’un droit figé depuis le contact avec les Européens : son objet et son mode d’exercice peuvent avoir évolué en fonction des faits.

[50] Pour ce qui est du mode d’exercice du droit, les tribunaux ont reconnu à maintes reprises l’évolution continue des méthodes de pêche. L’origine ancestrale des droits de pêche n’exige pas que les titulaires de ces droits, dans le nord-ouest du Pacifique, pêchent dans des pirogues. Le commerce du saumon fumé du Pacifique à l’époque précontact (s’il est établi) ne devrait pas exclure la préparation et la vente du produit congelé depuis que les techniques de congélation sont apparues. (Tout cela, bien entendu, sous réserve de la conservation des ressources et d’autres intérêts réels et impérieux (*Sparrow*, p. 1108-1110; *N.T.C. Smokehouse*, par. 96-97).)

[51] However, when it comes to “evolving” the *subject matter* of the Aboriginal right, the situation is more complex. A “gathering right” to berries based on pre-contact times would not, for example, “evolve” into a right to “gather” natural gas within the traditional territory. The surface gathering of copper from the Coppermine River in the Northwest Territories in pre-contact times would not, I think, support an “Aboriginal right” to exploit deep shaft diamond mining in the same territory. While courts have recognized that Aboriginal rights must be allowed to evolve within limits, such limits are both quantitative and qualitative. A “pre-sovereignty aboriginal practice cannot be transformed into a different modern right” (*Marshall (2005)*, at para. 50).

[52] The trial judge was satisfied that the ancestors of the Lax Kw’alaams “harvested a wide variety of Fish Resources and Products through an array of fishing techniques. They have proved that the harvesting and consumption of Fish Resources and Products, including the creation of a surplus supply for winter consumption, was an integral part of their distinctive culture” (para. 494 (emphasis added)). She further found

that the pre-contact Coast Tsimshian existed primarily within a subsistence economy until the arrival of the fur traders who influenced the creation of trade monopolies and chiefdoms [although they were also] involved in some form of loosely termed trade before the date of contact. This trade involved primarily gift exchange between kin at feasts and potlatches, or exchange of luxury goods such as slaves, coppers, dentalium and eulachon grease. [para. 495]

However, and this is the crucial point, the trial judge held that “trade in any other Fish Resource or Product beside eulachon grease” could *not* be described as integral to their distinctive culture (*ibid.* (emphasis added)). Such sporadic trade as took place in other fish products was peripheral

[51] La situation est toutefois plus complexe lorsqu’il s’agit de « l’évolution » de l’*objet* du droit ancestral. Par exemple, le « droit de recueillir » des baies fondé sur l’époque précontact ne peut « évoluer » jusqu’au droit de « recueillir » du gaz naturel sur le territoire traditionnel. L’extraction en surface du cuivre de la rivière Coppermine dans les Territoires du Nord-Ouest à l’époque précontact ne peut pas, selon moi, servir d’assise à un « droit ancestral » d’exploiter une mine de diamants souterraine sur le même territoire. Bien que les tribunaux aient reconnu la nécessité de permettre l’évolution des droits ancestraux à l’intérieur de certaines limites, ces limites sont à la fois d’ordre quantitatif et qualitatif. Une « pratique autochtone antérieure à l’affirmation de la souveraineté ne peut être transformée en un droit moderne différent » (*Marshall (2005)*, par. 50).

[52] La juge du procès était convaincue que les ancêtres des Lax Kw’alaams [TRADUCTION] « récoltaient une grande variété de ressources halieutiques et de produits de la pêche en utilisant toute une panoplie de techniques ». Les Lax Kw’alaams « ont prouvé que la récolte et la consommation des ressources halieutiques et des produits de la pêche, y compris l’accumulation de provisions pour l’hiver, faisaient partie intégrante de leur culture distinctive » (par. 494 (je souligne)). Elle a aussi conclu

[TRADUCTION] que les Tsimshians de la côte, à l’époque précontact, pratiquaient surtout une économie de subsistance, jusqu’à l’arrivée des marchands de fourrures qui ont contribué à la création de monopoles et de chefferies, [mais pratiquaient aussi] une forme de commerce au sens large avant leur contact avec les Européens. Ce commerce consistait principalement en des échanges de cadeaux entre parents lors de festins et de potlatches, ou en des échanges de biens de luxe comme des esclaves, des objets en cuivre, du dentalium et de la graisse d’eulakane. [par. 495]

Toutefois, et c’est là le point crucial, la juge du procès a affirmé que « le commerce de quelque ressource halieutique ou autre produit de la pêche que ce soit, hormis la graisse d’eulakane », *ne* pouvait *pas* être considéré comme faisant partie intégrante de leur culture distinctive (*ibid.* (je souligne)).

to the pre-contact society and did not define what made Coast Tsimshian society what it was.

[53] The Lax Kw'alaams argue that such sporadic trade in other fish products was nonetheless part of their ancestral “way of life” and, on that account, they should be allowed to continue to engage in trade in fish generally under the protection of s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*. In other words, the Lax Kw'alaams' argument is that proof of even sporadic trade as part of pre-contact society is sufficient to support a modern trading right in “all species of fish” and that the test applied by the trial judge is too strict. It should be enough to show that trade was part of their ancestors' pre-contact “way of life” whether or not “distinctive” or “integral” as required by *Van der Peet*.

[54] The Lax Kw'alaams place reliance on references to “way of life” in *Sappier*, at paras. 24 and 40. However, the reference in *Sappier* to a pre-contact “way of life” should not be read as departing from the “distinctive culture” test set out in *Van der Peet*, where Chief Justice Lamer stated:

To satisfy the integral to a distinctive culture test the aboriginal claimant must do more than demonstrate that a practice, custom or tradition was an aspect of, or took place in, the aboriginal society of which he or she is a part. The claimant must demonstrate that the practice, custom or tradition was a central and significant part of the society's distinctive culture. He or she must demonstrate, in other words, that the practice, custom or tradition was one of the things which made the culture of the society distinctive — that it was one of the things that truly made the society what it was. [First emphasis added; second emphasis in original; para. 55.]

The trial judge found on the facts that the Lax Kw'alaams had not met this threshold.

Ce commerce sporadique d'autres produits de la pêche, tel qu'il était pratiqué, était secondaire dans la société précontact et ne faisait pas de la société des Tsimshians de la côte ce qu'elle était.

[53] Les Lax Kw'alaams soutiennent que ce commerce sporadique d'autres produits de la pêche faisait tout de même partie de leur [TRADUCTION] « mode de vie » ancestral et que, pour cette raison, ils devraient être autorisés à continuer de pratiquer le commerce du poisson en général conformément à la protection accordée par le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. En d'autres termes, les Lax Kw'alaams plaident que même la preuve d'un commerce sporadique pratiqué par sa société à l'époque précontact suffit pour étayer un droit contemporain de faire le commerce de « toutes les espèces de poisson », et que le test appliqué par la juge du procès était trop strict. Il devrait être suffisant de démontrer que le commerce faisait partie du « mode de vie » précontact de leurs ancêtres, peu importe qu'il en ait été un élément « distinctif » ou qu'il en ait fait « partie intégrante », comme l'exige l'arrêt *Van der Peet*.

[54] Les Lax Kw'alaams s'appuient sur les mentions du « mode de vie » qui figurent aux par. 24 et 40 de l'arrêt *Sappier*. Il ne faut toutefois pas interpréter la mention, dans cet arrêt, d'un « mode de vie » précontact comme une dérogation au critère de la « culture distinctive » énoncé dans *Van der Peet*, où le juge en chef Lamer a dit :

Pour satisfaire au critère de l'élément faisant partie intégrante d'une culture distinctive, le demandeur autochtone doit non seulement démontrer qu'une coutume, pratique ou tradition était un aspect de la société autochtone à laquelle il appartient ou qu'elle y était exercée, mais en outre [que la coutume, pratique ou tradition] était un élément fondamental et important de la culture distinctive de cette société. Autrement dit, il doit établir que la coutume, pratique ou tradition était l'une des choses qui rendaient la culture de la société distinctive — que c'était l'une des choses qui véritablement faisaient de la société ce qu'elle était. [Premier soulignement ajouté; deuxième soulignement dans l'original; par. 55.]

La juge du procès a conclu, au vu des faits, que les Lax Kw'alaams n'avaient pas satisfait à ce critère.

[55] Counsel for the Lax Kw'alaams argues that, even if pre-contact trade had been limited to eulachon grease (which they deny), the modern right should not be “frozen” but should be generalized and “evolved” to include all other fish species and fish products.

[56] However, such an “evolution” would run counter to the trial judge’s clear finding that the ancestors of the Lax Kw'alaams fished all species but did not *trade* in any significant way in species of fish or fish products other than eulachon. Extension of a modern right to all species would directly contradict her view that only the “species-specific” trade in eulachon grease was integral to the distinctive culture of the pre-contact society. A general commercial fishery would represent an outcome qualitatively different from the pre-contact activity on which it would ostensibly be based, and out of all proportion to its original importance to the pre-contact Tsimshian economy.

[57] The “species-specific” debate will generally turn on the facts of a particular case. Had it been established, for example, that a defining feature of the distinctive Coast Tsimshian culture was to catch whatever fish they could and trade whatever fish they caught, a court ought not to “freeze” today’s permissible catch to species present in 1793 in the northwest coastal waters of British Columbia. As the oceans have warmed, new species have come north from southern waters and the migratory pattern of some of the old species may have shifted towards Alaska. To ignore the evolution of the fisheries resources of the Pacific Northwest would be uncalled for in the absence of some compelling reason to the contrary on the particular facts of a particular case, as in the debate about geoduck harvesting in *Ahousaht Indian Band v. Canada (Attorney General)*, 2011 BCCA 237, 19 B.C.L.R. (5th) 20, a debate on which I express no opinion. However, this example, it seems to me, is very different from the situation we have here, where trade

[55] Les avocats des Lax Kw'alaams soutiennent que, même si le commerce précontact se limitait à la graisse d'eulakane (ce qu'ils nient), le droit contemporain ne doit pas rester « figé »; il faut plutôt lui attribuer une portée générale et reconnaître qu'il a « évolué » pour s'étendre à toutes les autres espèces de poisson et de produits de la pêche.

[56] Une telle « évolution » serait toutefois contraire à la conclusion sans équivoque de la juge du procès que les ancêtres des Lax Kw'alaams pêchaient toutes les espèces, mais qu'ils ne faisaient pas véritablement le *commerce* d'espèces de poisson ou de produits de la pêche autres que l'eulakane. Le fait d'étendre un droit contemporain à toutes les espèces irait directement à l'encontre de l'avis de la juge du procès que seul le commerce, « propre à une espèce », de la graisse d'eulakane faisait partie intégrante de la culture distinctive de cette société précontact. Une pêche commerciale générale constituerait un résultat différent sur le plan qualitatif de l'activité précontact sur laquelle elle reposerait censément et hors de proportion avec son importance dans l'économie précontact des Tsimshians.

[57] La teneur du débat sur le commerce « propre à une espèce » est généralement fonction des faits en cause. S'il avait été établi, par exemple, que les Tsimshians de la côte capturaient tous les poissons qu'ils pouvaient et faisaient le commerce de tous les poissons capturés et que ces activités constituaient un élément déterminant de leur culture distinctive, le tribunal ne devrait pas « figer » le droit de pêche contemporain en le restreignant aux espèces qui vivaient en 1793 dans les eaux de la côte nord-ouest de la Colombie-Britannique. De nouvelles espèces se sont déplacées vers le nord en raison du réchauffement des océans, et certaines des anciennes espèces ont peut-être changé leurs habitudes migratoires pour se diriger vers l'Alaska. Il n'est pas question de faire fi de l'évolution des ressources halieutiques dans le nord-ouest du Pacifique, à moins que les faits propres à un dossier particulier ne fournissent des raisons impérieuses de le faire, comme dans le débat sur la récolte du panope du Pacifique dans *Ahousaht*

was an exception to the general sustenance fishery and the only subject matter of trade was eulachon grease.

[58] The trial judge made no findings regarding the quantity of eulachon grease traded in those ancient times (and presumably had no means of doing so given the lack of evidence), but it may be assumed that, given the very short eulachon fishing season and the laborious method of extraction of the grease previously described, the quantities were small relative to the overall pre-contact fishing activity of the industrious and productive Coast Tsimshian peoples. Accordingly, to extrapolate a modern commercial fishery from the pre-contact trade in eulachon grease would lack proportionality in *quantitative* terms relative to the overall pre-contact fishing activity as well.

[59] The trial judge concluded that transformation of the pre-contact eulachon grease trade into a modern commercial fishery would not be “evolution” but the creation of a different right. On that basis, the claim failed both the integrality and continuity requirements of the *Van der Peet* test. These findings were supported by the evidence.

C. *Did the Trial Judge Err in Refusing to Make a Declaration in Relation to “Lesser and Included Rights”?*

[60] The Lax Kw’alaams seek a declaration of “lesser included” Aboriginal rights to harvest fish of all species for consumption and sale “to sustain their communities, accumulate and generate wealth and maintain and develop their economy” (Second Amended Statement of Claim, at para. 31; A.F., at para. 136(b)(ii)). The Lax Kw’alaams also seek a declaration of entitlement to a s. 35(1) right

Indian Band c. Canada (Attorney General), 2011 BCCA 237, 19 B.C.L.R. (5th) 20, sur lequel je ne me prononce pas. Cet exemple me paraît cependant fort différent de la situation qui nous occupe, où le commerce était l’exception à la pratique générale de la pêche à des fins de subsistance et où le seul objet du commerce était la graisse d’eulakane.

[58] La juge du procès n’a tiré aucune conclusion à l’égard du volume du commerce de la graisse d’eulakane à cette époque lointaine (et elle ne pouvait vraisemblablement pas le faire en raison du manque de preuve), mais la très courte durée de la saison de pêche à l’eulakane et la méthode laborieuse d’extraction de la graisse décrite précédemment permettent de supposer qu’il était très faible par rapport à l’ensemble de la pêche précontact pratiquée par les peuples vaillants et ingénieux des Tsimshians de la côte. Par conséquent, extrapoler à partir du commerce précontact de la graisse d’eulakane pour reconnaître l’existence d’un droit contemporain de pêcher commercialement serait également disproportionné, sur le plan *quantitatif*, par rapport à l’ensemble des activités de pêche précontact.

[59] La juge du procès a conclu que la métamorphose du commerce précontact de la graisse d’eulakane en une pêche commerciale moderne procéderait non pas d’une « évolution », mais de la création d’un droit différent. Par conséquent, la revendication ne remplissait pas les critères de partie intégrante et de continuité du test établi dans *Van der Peet*. La preuve étayait ces conclusions.

C. *La juge du procès a-t-elle commis une erreur en refusant de rendre un jugement déclaratoire sur les « droits moindres et inclus »?*

[60] Les Lax Kw’alaams sollicitent un jugement déclaratoire confirmant leurs droits ancestraux « moindres et inclus » de récolter toutes les espèces de poisson aux fins de consommation et de vente [TRADUCTION] « pour subvenir aux besoins de [leurs] collectivités, accumuler et générer de la richesse et maintenir et développer leur économie » (deuxième déclaration modifiée, par. 31; m.a.,

to a food, social and ceremonial fishery (A.F., at para. 136(b)(iii)).

[61] The categories of fishery are thus portrayed as falling along a spectrum with a subsistence food fishery at the bottom end and a full commercial fishery at the top end. Where this “lesser” commercial-type fishery falls on the spectrum is not altogether clear. In their final written argument at trial the Lax Kw’alaams characterized the *lesser* right as “[a] right to harvest all species of Fisheries Resources in the Lax Kw’alaams Territory for the purpose of selling those Fisheries Resources and their products, on a commercial scale, to sustain the Lax Kw’alaams community and accumulate and generate wealth” (para. 720 (emphasis added)). It is therefore a “lesser” right but nevertheless a *commercial* right, albeit on a more modest scale. How much more modest is not clear. The Lax Kw’alaams particularized the “amount of Fisheries Resources that the Plaintiffs need to sustain their communities” as “depending on a number of factors including availability of stocks and availability of markets for their Fisheries Resources. The Plaintiffs require enough Fisheries Resources which, when converted to money, will enable the communities to develop and maintain a prosperous economy” (Amended Response, at para. 57(c)).

[62] It seems to me that by rejecting the claim to the “greater” commercial fishery on the basis that *trade* in fish other than eulachon was not integral to pre-contact society, the trial judge was equally required to reject a “lesser” commercial right to fish “all species”. Her problem on this branch of the argument was not only the scale of the commercial fishery but whether and to what extent “trade” in the pre-contact period could support *any* sort of modern commercial fishery — whether full-scale or “lesser” in scope. Her conclusion that *trade* in fish apart from eulachon grease was *not* integral to

sous-al. 136b(ii)). Les Lax Kw’alaams demandent aussi un jugement déclarant qu’ils ont le droit, protégé par le par. 35(1), de pêcher à des fins alimentaires, sociales et rituelles (m.a., sous-al. 136b(iii)).

[61] Les différents types de pêche sont donc étalés sur une échelle, dont l’échelon inférieur correspond à la pêche de subsistance à des fins alimentaires et l’échelon supérieur à la pêche commerciale à part entière. On ne sait pas avec une certitude absolue à quel échelon se situe la pêche commerciale de « moindre » envergure. Dans son argumentation écrite finale, au procès, les Lax Kw’alaams ont décrit ce droit *moindre* comme [TRADUCTION] « [J]e droit de récolter toutes les espèces de ressources halieutiques sur le territoire des Lax Kw’alaams en vue de vendre ces ressources et leurs produits à une échelle commerciale pour subvenir aux besoins de la collectivité des Lax Kw’alaams, et pour accumuler et générer de la richesse » (par. 720 (je souligne)). Il s’agit donc d’un droit « moindre », mais néanmoins *commercial*, quoiqu’à une échelle plus modeste. Plus modeste à quel point? On ne le sait pas exactement. Les Lax Kw’alaams ont qualifié la [TRADUCTION] « quantité de ressources halieutiques nécessaires aux demandeurs pour subvenir aux besoins de leurs collectivités » de « tributaire de plusieurs facteurs, y compris de la disponibilité des ressources halieutiques et de l’existence de débouchés. Les demandeurs ont besoin de suffisamment de ressources halieutiques pour que ces ressources, une fois converties en argent, permettent à leurs collectivités de développer et de maintenir une économie prospère » (réponse modifiée, al. 57c)).

[62] J’estime qu’en rejetant la revendication du droit de pêcher commercialement « à une plus grande échelle » parce que le *commerce* d’autres poissons que l’eulakane ne faisait pas partie intégrante de la société précontact, la juge du procès devait également rejeter le droit commercial « moindre » de pêcher « toutes les espèces ». Le problème que lui posait ce volet de l’argument n’était pas seulement l’ampleur de la pêche commerciale, mais la question de savoir si, et dans quelle mesure, le « commerce » à l’époque précontact pouvait servir d’assise à une forme *quelconque*

Coast Tsimshian pre-contact society was as fatal to the lesser commercial claim as it was to the greater commercial claim.

[63] In any event, the trial judge stated that “neither party led evidence regarding any pre-contact practi[c]e of sustaining the community through trade on any scale” (para. 102).

[64] In the trial judge’s view, “it is relevant to the fairness of the proceedings that a party not introduce, at the stage of final submissions, new issues that were not properly the subject of adjudication” (para. 102). The Attorney General of Canada contends that the Lax Kw’alaams’ attempt to re-cast their claim in final argument was unfair because:

- (i) Rights to fish for sale on a lesser commercial scale were not advanced until final oral argument. The Lax Kw’alaams’ opening submissions, written and oral, were directed to fishing for commercial purposes.
- (ii) The particulars provided by counsel for the Lax Kw’alaams, were directed to “commercial scale” fishing, defined as “exchange of Fisheries Resources for money, goods or services, on a large scale” (Amended Response, at para. 54(d) (emphasis added)).
- (iii) The retainer letters to three of the Lax Kw’alaams experts sought their respective opinion in relation to “access to fisheries resources for commercial purposes”.

de pêche commerciale moderne — qu’il s’agisse d’une pêche commerciale à part entière ou d’une pêche de « moindre » envergure. La conclusion de la juge du procès que le *commerce* du poisson, hormis celui de la graisse d’eulakane, *ne faisait pas* partie intégrante de la société précontact des Tsimshians de la côte portait un coup aussi fatal à la revendication d’un droit commercial moindre qu’à celle d’un droit commercial plus étendu.

[63] Quoi qu’il en soit, la juge du procès a mentionné qu’[TRADUCTION] « aucune des parties n’a produit de preuve concernant une pratique précontact quelconque qui aurait consisté à subvenir aux besoins de la collectivité par un commerce de quelque envergure que ce soit » (par. 102).

[64] Selon la juge du procès, [TRADUCTION] « il est important pour l’équité du procès qu’une partie ne soulève pas, à l’étape de son exposé final, de nouvelles questions dont le tribunal n’a pas été dûment saisi » (par. 102). Le procureur général du Canada plaide que la tentative des Lax Kw’alaams de reformuler leur revendication lors de leur plaidoirie finale est inéquitable pour les raisons suivantes :

- (i) Le droit de pêcher à des fins de vente à une échelle commerciale de moindre envergure n’a pas été évoqué avant la plaidoirie finale. Les observations préliminaires — écrites et orales — des Lax Kw’alaams portaient sur la pêche à des fins commerciales.
- (ii) Les précisions fournies par les avocats des Lax Kw’alaams portaient sur la pêche à « l’échelle commerciale », définie comme [TRADUCTION] « l’échange à grande échelle de ressources halieutiques contre de l’argent, des biens ou des services » (réponse modifiée, al. 54d) (je souligne).
- (iii) Les lettres adressées à trois des experts des Lax Kw’alaams pour retenir leurs services sollicitaient leur avis respectif sur [TRADUCTION] « l’accès aux ressources halieutiques à des fins commerciales ».

(iv) The lay and expert witness evidence was led in relation to a full-scale commercial fishery.

This is not altogether surprising. Counsel for the Lax Kw'alaams may have concluded that to appear to dwell on lesser claims might signal to the court a lack of confidence in their clients' prospects of success in the claim to a full commercial fishery. It is never a wise practice to push a backup argument at the expense of the primary claim, and counsel should not be faulted for pursuing a time-honoured strategy, if indeed that is what they were up to.

[65] Nevertheless, quite apart from the Attorney General of Canada's procedural objections, there remained the problem of what exactly the trial judge was expected to say in the declaration of "lesser rights". Nothing in the prayer for relief in the Second Amended Statement of Claim suggested a wording for the declaration of a "lesser" commercial right and no precise wording for a declaration in that regard was proposed by counsel during argument in this Court or, it seems, in the courts below.

[66] The "lesser" claim bristled with difficulty. It was for access to sufficient fish which, "when converted to money", would enable the Lax Kw'alaams to "develop and maintain a prosperous economy" (Amended Response, at para. 57(c)). What does this mean? How would governments responsible for its implementation go about implementing it? Quite apart from the pleadings and other more substantive objections, no guidance was provided as to what standard of prosperity the Lax Kw'alaams sought or the basis on which such a standard would be quantified. The claimed "right" to enough fish to guarantee a "prosperous economy" has very far-reaching implications for fisheries management. A *Sparrow* justification is only required once a s. 35(1) right has been established. It is at the establishment stage that the Lax Kw'alaams' claim presented difficulties which, in my opinion,

(iv) Les dépositions des témoins experts et profanes concernaient la pêche commerciale à part entière.

Tout cela n'a rien de surprenant. Les avocats des Lax Kw'alaams ont sans doute conclu qu'en paraissant s'attarder sur la revendication de droits moindres, ils risquaient de donner au tribunal l'impression qu'ils doutaient des chances que la revendication par leurs clients d'un droit de pêche commerciale à part entière soit accueillie. Il n'est jamais sage de faire valoir un argument subsidiaire aux dépens de l'allégation principale, et on ne doit pas reprocher aux avocats de recourir à une tactique de longue date, si c'est vraiment ce qu'ils avaient en tête.

[65] Toutefois, sans égard aux objections procédurales du procureur général du Canada, on ne savait toujours pas ce que devait dire exactement la juge du procès dans la déclaration confirmant des « droits moindres ». La demande de redressement figurant dans la deuxième déclaration modifiée ne proposait aucune formulation pour l'énoncé d'un droit commercial « moindre », et les avocats n'ont proposé aucune formulation précise à cet égard lors de leur plaidoirie devant notre Cour ni, semble-t-il, devant les juridictions inférieures.

[66] La revendication d'un droit « moindre » comportait de nombreuses difficultés. Elle visait le droit de pêcher suffisamment de ressources halieutiques pour que ces ressources [TRADUCTION] « une fois converties en argent » permettent aux Lax Kw'alaams de « développer et de maintenir une économie prospère » (réponse modifiée, al. 57c)). Qu'est-ce que cela signifie? Comment les gouvernements chargés de la mise en œuvre de ce droit s'acquitteraient-ils de cette tâche? Indépendamment des actes de procédure et des autres objections touchant davantage le fond, aucune indication n'a été fournie quant à la norme de prospérité proposée par les Lax Kw'alaams ni quant au fondement sur lequel cette norme serait établie. Le « droit » revendiqué d'obtenir assez de poisson pour assurer une « économie prospère » a de très grandes conséquences sur la gestion des pêches. Une justification

the trial record did not oblige the trial judge to resolve.

[67] This is not like a treaty case where the court may be obliged to interpret its terms — however vague — because that is what the parties agreed to. Here nothing in this respect has been agreed to. The economic implications of even a “lesser” commercial fishery could be significant, and the Crown is entitled to proper notice of what “declaration” it was supposed to argue about and to test the evidence directed to that issue.

[68] In summary, the Lax Kw’alaams’ claim to a declaration of an Aboriginal right to a “lesser” commercial fishery was properly rejected, in my opinion.

D. Did the Trial Judge Err in Failing to Award a Commercial Fishery Licence on the Basis of the Honour of the Crown?

[69] The Lax Kw’alaams argued that the Crown had an implied obligation to preserve their access to a commercial fishery on a preferential basis as a result of Crown promises, express or implied, made during the reserve allotment process. They contended that the Crown’s express grant of fishing station reserves to the Coast Tsimshian — when interpreted in the light of the historical context and the Crown’s policy, purpose, and representations made during the allotment process — gave rise at least to an implied right to commercial fishing opportunities for the Lax Kw’alaams. The Crown’s purpose behind allotting fishing station reserves, they suggest, was to encourage coastal tribes to rely on the commercial fishery as their primary means of livelihood, as evidenced in an 1875 memorandum written by B.C. Attorney-General George Walkem

selon la norme décrite dans *Sparrow* n’est nécessaire qu’une fois établi un droit garanti par le par. 35(1). Or, c’est au stade de l’établissement du droit que la revendication des Lax Kw’alaams présentait des difficultés que, selon moi, la juge du procès n’avait pas à résoudre compte tenu du dossier qui lui avait été présenté.

[67] La présente espèce se distingue d’une affaire portant sur un traité, dont le tribunal peut être tenu d’interpréter les stipulations — aussi vagues soient-elles — parce que c’est ce dont les parties ont convenu. En l’espèce, les parties n’ont convenu de rien. Même les conséquences économiques d’une pêche commerciale « de moindre envergure » peuvent être considérables, et la Couronne a le droit d’être informée de la « déclaration » dont elle est censée débattre et de mettre à l’épreuve les éléments présentés à l’appui de celle-ci.

[68] Bref, c’est à juste titre, selon moi, que la demande par les Lax Kw’alaams d’une déclaration leur reconnaissant un droit ancestral de pratiquer une pêche commerciale « de moindre envergure » a été rejetée.

D. La juge du procès a-t-elle commis une erreur en n’accordant pas un permis de pêche commerciale sur le fondement de l’honneur de la Couronne?

[69] Les Lax Kw’alaams ont soutenu que la Couronne avait l’obligation implicite de préserver leur accès préférentiel à la pêche commerciale en raison de promesses, expresses ou implicites, qu’elle aurait faites lors de l’attribution des réserves. Selon les Lax Kw’alaams, l’octroi exprès par la Couronne de campements de pêche aux Tsimshians de la côte — interprété à la lumière du contexte historique ainsi que de la politique, de l’intention et des affirmations de la Couronne au cours du processus d’attribution — conférerait à tout le moins implicitement aux Lax Kw’alaams le droit de profiter des possibilités de pêcher commercialement. Les Lax Kw’alaams affirment que la Couronne a attribué des campements de pêche dans le but d’inciter les tribus de la côte à compter sur la pêche commerciale comme principal moyen de subsistance,

and the instructions given by Canada to its Reserve Commissioner Peter O'Reilly.

[70] As stated earlier, the trial judge found that no *express* promise had been made of any preferential access to the commercial fishery (paras. 515-18 and 525).

[71] As to *implied* promises, the Lax Kw'alaams cite this Court's judgment in *R. v. Marshall*, [1999] 3 S.C.R. 456. In that case the claimant was charged with a series of offences related to harvesting and selling eels. At issue was an eighteenth century peace treaty between the Mi'kmaq and the Crown pursuant to which the former agreed to trade *exclusively* at British truckhouses. In his defence, Mr. Marshall argued that his treaty right exempted him from the *Fisheries Act* regulations. There was no doubt about the existence of the treaty; the issue was one of treaty interpretation. A majority of the Court held that the treaty must be interpreted in a manner that "gives meaning and substance to the promises made by the Crown" (para. 52). It would be unreasonable to interpret the treaty to confer a trading right while withholding access to the resources it was contemplated would be traded. Accordingly, there was by necessity an implied promise to allow the Mi'kmaq to fish for trading purposes to buy "necessaries" (paras. 59 and 66). The Court was obliged to give meaning to the word "necessaries" which had been agreed to in the 1760-61 treaty negotiations.

[72] Here there is no treaty. The trial judge held there was no promise. The Crown, she found, never intended in the process of allocating reserves to grant the Lax Kw'alaams *preferential* access to the fishery. They were to be treated in the same manner as other fishers. She found that this intention was made clear to the Lax Kw'alaams and that the Crown never made any undertaking by word or conduct to the contrary (paras. 515 and 517).

comme en font foi la note écrite en 1875 par le procureur général de la Colombie-Britannique, George Walkem, et les directives données par le Canada à son commissaire des réserves, Peter O'Reilly.

[70] Rappelons que la juge du procès a conclu qu'aucune promesse *expresse* d'un quelconque droit préférentiel de pratiquer la pêche commerciale n'avait été faite (par. 515-518 et 525).

[71] En ce qui concerne les promesses *implicites*, les Lax Kw'alaams citent l'arrêt *R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 456, de notre Cour. Le demandeur dans cette affaire était accusé de plusieurs infractions relatives à la pêche et à la vente d'anguilles. Il était question d'un traité de paix conclu au XVIII^e siècle entre les Mi'kmaq et la Couronne dans lequel les Mi'kmaq acceptaient de faire commerce *exclusivement* aux maisons de troc britanniques. M. Marshall a soutenu en défense que son droit issu d'un traité le soustrayait à l'application des règlements d'application de la *Loi sur les pêches*. L'existence du traité ne faisait aucun doute; c'est l'interprétation du traité qui était en litige. Les juges majoritaires de la Cour ont conclu que le traité doit être interprété de manière à « donner sens et substance aux promesses faites par la Couronne » (par. 52). Il serait déraisonnable d'interpréter le traité comme accordant un droit de commercer tout en ne permettant pas l'accès aux ressources devant faire l'objet du commerce. Il existait donc nécessairement une promesse implicite d'autoriser les Mi'kmaq à pêcher à des fins commerciales pour se procurer des « biens nécessaires » (par. 59 et 66). Le tribunal était tenu de donner un sens au terme « biens nécessaires » sur lequel on s'était entendu lors des négociations menées en 1760 et 1761 en vue de conclure un traité.

[72] Aucun traité n'a été signé en l'espèce. La juge du procès a conclu qu'aucune promesse n'a été faite. À son avis, lors de l'attribution des réserves, la Couronne n'a jamais eu l'intention d'accorder aux Lax Kw'alaams un droit de pêche *préférentiel*. Les Lax Kw'alaams devaient recevoir le même traitement que les autres pêcheurs. D'après la juge du procès, cette intention a été exprimée sans équivoque aux Lax Kw'alaams, et la Couronne ne s'est

The Lax Kw'alaams' arguments based on fiduciary duties or the honour of the Crown necessarily fail in the absence of any substratum of relevant facts on which to base them.

VI. Disposition

[73] Large amounts of time and resources were dedicated to a year-long trial to determine the commercial fisheries issue. Notwithstanding the facts that the people of the Coast Tsimshian have deep roots in the coastal fishery of what is now British Columbia, the evidence satisfied the trial judge that they were not a *trading* people, except in the limited area of species-specific eulachon grease. This is not to say the Lax Kw'alaams are without s. 35(1) rights. Their claim to Aboriginal title remains outstanding. In the meantime, as the record shows, they possess an Aboriginal fishing licence to take fish for food and ceremonial purposes.

[74] The appeal must be dismissed but, as in the courts below, without costs.

APPENDIX

Ginaxangiik Tribe
 Gitandoah Tribe
 Gitwilgiots Tribe
 Git'tsiis Tribe
 Gitnadoiks Tribe
 Gispaxloats Tribe
 Gitlan Tribe
 Gitzaxlaal Tribe
 Gitlutzau Tribe

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellants: Ratcliff & Company, North Vancouver.

Solicitor for the respondent the Attorney General of Canada: Department of Justice Canada, Vancouver.

jamais engagée, par ses propos ou sa conduite, à agir autrement (par. 515 et 517). Les arguments des Lax Kw'alaams fondés sur des obligations fiduciaires ou l'honneur de la Couronne doivent forcément être rejetés puisqu'il n'existe aucun fondement factuel pertinent sur lequel les appuyer.

VI. Dispositif

[73] Beaucoup de temps et de ressources ont été consacrés pendant un an à l'instruction de la question de la pêche commerciale. Même si le peuple des Tsimshians de la côte pratique depuis longtemps la pêche sur les côtes de ce qui est maintenant la Colombie-Britannique, la preuve a convaincu la juge du procès que ce n'était pas un peuple de *commerçants*, sauf dans le domaine limité, propre à une espèce, de la graisse d'eulakane. Cela ne veut pas dire que le par. 35(1) ne garantit aucun droit aux Lax Kw'alaams. Leur revendication d'un titre aborigène n'a pas encore été tranchée. En attendant qu'elle le soit, les Lax Kw'alaams détiennent, selon le dossier, un permis de pêche autochtone leur permettant de prendre du poisson à des fins alimentaires et rituelles.

[74] Il faut rejeter le pourvoi, mais sans dépens, comme devant les juridictions inférieures.

ANNEXE

Tribu des Ginaxangiik
 Tribu des Gitandoah
 Tribu des Gitwilgiots
 Tribu des Git'tsiis
 Tribu des Gitnadoiks
 Tribu des Gispaxloats
 Tribu des Gitlan
 Tribu des Gitzaxlaal
 Tribu des Gitlutzau

Pourvoi rejeté.

Procureurs des appelants : Ratcliff & Company, North Vancouver.

Procureur de l'intimé le procureur général du Canada : Ministère de la Justice Canada, Vancouver.

Solicitor for the respondent Her Majesty The Queen in Right of the Province of British Columbia: Attorney General of British Columbia, Victoria.

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

Solicitors for the intervener the Metlakatla Band: Mandell Pinder, Vancouver.

Solicitor for the interveners the B.C. Wildlife Federation and the B.C. Seafood Alliance: J. Keith Lowes, Vancouver.

Solicitors for the intervener the Gitxaala Nation: Woodward & Company, Victoria.

Solicitors for the intervener the Te'Mexw Treaty Association: Janes Freedman Kyle Law Corporation, Victoria.

Procureur de l'intimée Sa Majesté la Reine du chef de la province de la Colombie-Britannique : Procureur général de la Colombie-Britannique, Victoria.

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

Procureurs de l'intervenante la Bande de Metlakatla : Mandell Pinder, Vancouver.

Procureur des intervenantes B.C. Wildlife Federation et B.C. Seafood Alliance : J. Keith Lowes, Vancouver.

Procureurs de l'intervenante la Nation Gitxaala : Woodward & Company, Victoria.

Procureurs de l'intervenante l'Association du traité des Te'Mexw : Janes Freedman Kyle Law Corporation, Victoria.

**Public Service Alliance of
Canada** *Appellant*

v.

**Canada Post Corporation and
Canadian Human Rights
Commission** *Respondents*

- and -

**Public Service Alliance of
Canada** *Appellant*

v.

**Canada Post Corporation and
Canadian Human Rights
Commission** *Respondents*

- and -

**Canadian Human Rights
Commission** *Appellant*

v.

**Canada Post Corporation and Public Service
Alliance of Canada** *Respondents*

**INDEXED AS: PUBLIC SERVICE ALLIANCE OF
CANADA v. CANADA POST CORP.**

2011 SCC 57

File Nos.: 33668, 33669, 33670.

2011: November 17.

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

**ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF
APPEAL**

*Human rights — Discriminatory practices —
Equal wages — Largely female group of employees*

**Alliance de la fonction publique du
Canada** *Appelante*

c.

**Société canadienne des postes et
Commission canadienne des droits
de la personne** *Intimées*

- et -

**Alliance de la fonction publique du
Canada** *Appelante*

c.

**Société canadienne des postes et
Commission canadienne des droits de la
personne** *Intimées*

- et -

**Commission canadienne des droits de la
personne** *Appelante*

c.

**Société canadienne des postes et Alliance de
la fonction publique du Canada** *Intimées*

**RÉPERTORIÉ : ALLIANCE DE LA FONCTION
PUBLIQUE DU CANADA c. SOCIÉTÉ CANADIENNE
DES POSTES**

2011 CSC 57

N^{os} du greffe : 33668, 33669, 33670.

2011 : 17 novembre.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

*Droits de la personne — Pratiques discriminatoi-
res — Parité salariale — Groupe professionnel largement*

receiving lower pay than largely male comparator group — Canadian Human Rights Tribunal finding pay inequity — Finding overturned on judicial review — Tribunal committed no reviewable error in finding largely female group paid less for work of equal value.

APPEALS from a judgment of the Federal Court of Appeal (Sexton, Evans and Ryer JJ.A.), 2010 FCA 56, [2011] 2 F.C.R. 221, 399 N.R. 127, 15 Admin. L.R. (5th) 157, 2010 CLLC ¶230-015, [2010] F.C.J. No. 272 (QL), 2010 CarswellNat 416, affirming a decision of Kelen J., 2008 FC 223, [2008] 4 F.C.R. 648, 321 F.T.R. 196, 2008 CLLC ¶230-012, 62 C.H.R.R. D/378, [2008] F.C.J. No. 273 (QL), 2008 CarswellNat 471. Appeals 33668 and 33670 allowed and appeal 33669 dismissed.

David Yazbeck, James Cameron, Andrew Raven and Andrew Astritis, for the appellant (33668 and 33669) and the respondent (33670) the Public Service Alliance of Canada.

Peter A. Gall, Q.C., Donald R. Munroe, Q.C., Robert Grant and Joana Thackeray, for the respondent the Canada Post Corporation.

Philippe Dufresne and Daniel Poulin, for the respondent (33668 and 33669) and the appellant (33670) the Canadian Human Rights Commission.

The judgment of the Court was delivered orally by

[1] THE CHIEF JUSTICE — I turn first to the appeals on the merits of the case (33668 and 33670). We all agree with the dissenting reasons of Evans J.A., which comprehensively address the issues on these appeals. We would allow these appeals, with costs to Public Service Alliance of Canada in this Court and below.

[2] This leaves Public Service Alliance of Canada's appeal from the Canadian Human Rights Tribunal's reduction of damages (33669). We are

féminin recevant une rémunération inférieure à celle versée au groupe professionnel largement masculin utilisé aux fins de comparaison — Conclusion d'inégalité salariale prononcée par le Tribunal canadien des droits de la personne — Conclusion infirmée par suite d'un contrôle judiciaire — Le Tribunal n'a commis aucune erreur donnant ouverture à révision en concluant que le groupe largement féminin recevait une rémunération inférieure pour un travail de valeur égale.

POURVOIS contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale (les juges Sexton, Evans et Ryer), 2010 CAF 56, [2011] 2 R.C.F. 221, 399 N.R. 127, 15 Admin. L.R. (5th) 157, 2010 CLLC ¶230-015, [2010] A.C.F. n° 272 (QL), 2010 CarswellNat 3242, qui a confirmé une décision du juge Kelen, 2008 CF 223, [2008] 4 R.C.F. 648, 321 F.T.R. 196, 2008 CLLC ¶230-012, 62 C.H.R.R. D/378, [2008] A.C.F. n° 273 (QL), 2008 CarswellNat 1908. Pourvois 33668 et 33670 accueillis et pourvoi 33669 rejeté.

David Yazbeck, James Cameron, Andrew Raven et Andrew Astritis, pour l'appelante (33668 et 33669) et l'intimée (33670) l'Alliance de la fonction publique du Canada.

Peter A. Gall, c.r., Donald R. Munroe, c.r., Robert Grant et Joana Thackeray, pour l'intimée la Société canadienne des postes.

Philippe Dufresne et Daniel Poulin, pour l'intimée (33668 et 33669) et l'appelante (33670) la Commission canadienne des droits de la personne.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

[1] LA JUGE EN CHEF — Je traiterai d'abord des appels sur le fond (33668 et 33670). Nous souscrivons tous aux motifs de dissidence du juge Evans de la Cour d'appel fédérale, qui analysent de façon exhaustive les questions soulevées dans ces appels. Nous sommes d'avis d'accueillir ces appels, avec dépens en faveur de l'Alliance de la fonction publique du Canada devant notre Cour et devant les juridictions inférieures.

[2] Il reste à trancher l'appel de l'Alliance de la fonction publique du Canada à l'encontre de la réduction de l'indemnité par le Tribunal canadien

all of the view that this appeal should be dismissed, again for the dissenting reasons of Evans J.A., with costs to Canada Post Corporation in this Court and below.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellant (33668 and 33669) and the respondent (33670) the Public Service Alliance of Canada: Raven, Cameron, Ballantyne & Yazbeck, Ottawa.

Solicitors for the respondent the Canada Post Corporation: Heenan Blaikie, Vancouver.

Solicitor for the respondent (33668 and 33669) and the appellant (33670) the Canadian Human Rights Commission: Canadian Human Rights Commission, Ottawa.

des droits de la personne (33669). Nous sommes tous d'avis de rejeter l'appel, également pour les motifs de dissidence du juge Evans, avec dépens en faveur de la Société canadienne des postes devant notre Cour et devant les juridictions inférieures.

Jugement en conséquence.

Procureurs de l'appelante (33668 et 33669) et l'intimée (33670) l'Alliance de la fonction publique du Canada : Raven, Cameron, Ballantyne & Yazbeck, Ottawa.

Procureurs de l'intimée la Société canadienne des postes : Heenan Blaikie, Vancouver.

Procureur de l'intimée (33668 et 33669) et l'appelante (33670) la Commission canadienne des droits de la personne : Commission canadienne des droits de la personne, Ottawa.

Tommy Bouchard-Lebrun *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

**Attorney General of Canada and Attorney
General of Ontario** *Interveners*

INDEXED AS: **R. v. BOUCHARD-LEBRUN**

2011 SCC 58

File No.: 33687.

2011: May 16; 2011: November 30.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
QUEBEC

Criminal law — Defences — Mental disorder — Accused assaulting two individuals while in state of toxic psychosis resulting from voluntary consumption of drugs — Whether toxic psychosis whose symptoms are caused by state of self-induced intoxication can be “mental disorder” — Whether s. 33.1 of Criminal Code limits scope of defence of not criminally responsible on account of mental disorder — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 16, 33.1.

B brutally assaulted two individuals while he was in a psychotic condition caused by drugs he had taken a few hours earlier. As a result of these incidents, B was charged with aggravated assault. The trial judge convicted B on the basis that all the elements of s. 33.1 of the *Criminal Code* (“*Cr. C.*”), which provides that self-induced intoxication cannot be a defence to an offence against the bodily integrity of another person, had been proven beyond a reasonable doubt. B then tried unsuccessfully on appeal to obtain a verdict of not criminally responsible on account of mental disorder under s. 16 *Cr. C.* The Court of Appeal held that s. 33.1 *Cr. C.* applied in this case.

Held: The appeal should be dismissed.

Tommy Bouchard-Lebrun *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

**Procureur général du Canada et procureur
général de l’Ontario** *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : **R. c. BOUCHARD-LEBRUN**

2011 CSC 58

N^o du greffe : 33687.

2011 : 16 mai; 2011 : 30 novembre.

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

EN APPEL DE LA COUR D’APPEL DU QUÉBEC

Droit criminel — Moyens de défense — Troubles mentaux — Accusé a agressé deux individus alors qu’il se trouvait dans une psychose toxique provoquée par la consommation volontaire de drogues — Une psychose toxique dont les manifestations sont causées par un état d’intoxication volontaire peut-elle constituer un « trouble mental »? — L’article 33.1 du Code criminel restreint-il la portée de la défense de non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 16, 33.1.

B a brutalement agressé deux individus alors qu’il se trouvait dans un état psychotique provoqué par les drogues qu’il avait consommées quelques heures auparavant. À la suite de ces événements, B a été accusé d’avoir commis des voies de fait graves. Le juge du procès a conclu à la culpabilité de B parce que tous les éléments de l’art. 33.1 du *Code criminel* (« *C. cr.* »), en vertu duquel l’intoxication volontaire ne peut constituer une défense à une infraction contre l’intégrité physique d’autrui, ont été prouvés hors de tout doute raisonnable. B a alors tenté sans succès d’obtenir en appel un verdict de non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux en vertu de l’art. 16 *C. cr.* La Cour d’appel a conclu à l’application de l’art. 33.1 *C. cr.* en l’espèce.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

A court must consider the specific principles that govern the insanity defence in order to determine whether s. 16 *Cr. C.* is applicable. If that defence does not apply, the court can then consider whether the defence of self-induced intoxication under s. 33.1 *Cr. C.* is applicable if it is appropriate to do so on the facts of the case. Intoxication and insanity are two distinct legal concepts.

An accused who wishes to successfully raise the insanity defence must meet the requirements of a two-stage statutory test. The first stage involves characterizing the mental state of the accused. The key issue to be decided at trial at this stage is whether the accused was suffering from a mental disorder in the legal sense at the time of the alleged events. The second stage of the defence provided for in s. 16 *Cr. C.* concerns the effects of the mental disorder. At this stage, it must be determined whether, owing to his or her mental condition, the accused was incapable of knowing that the act or omission was wrong. In the instant case, it is not in dispute that B was incapable of distinguishing right from wrong at the material time. Therefore, the only issue in this appeal is whether the psychosis resulted from a “mental disorder” within the meaning of s. 16 *Cr. C.*

Toxic psychosis does not always result from a “mental disorder”. In *Stone*, Bastarache J. proposed an approach for distinguishing toxic psychoses that result from mental disorders from those that do not. This approach is structured around two analytical tools, namely the internal cause factor and the continuing danger factor, and certain policy considerations.

The internal cause factor, the first of the analytical tools, involves comparing the accused with a normal person. The comparison between the accused and a normal person will be objective and may be based on the psychiatric evidence. The more the psychiatric evidence suggests that a normal person, that is, a person suffering from no disease of the mind, is susceptible to such a state, the more justified the courts will be in finding that the trigger is external. Such a finding would exclude the condition of the accused from the scope of s. 16 *Cr. C.* The reverse also holds true.

In this case, the application of the first factor suggests that the drug-taking is an external cause. It seems likely that the reaction of a normal person to taking drugs would indeed be to develop toxic psychosis. This strongly suggests that B was not suffering from a mental disorder at the time he committed the impugned acts. And the rapid appearance of psychotic symptoms

Les tribunaux doivent examiner l'applicabilité de l'art. 16 *C. cr.* dans la perspective des principes spécifiques qui régissent la défense d'aliénation mentale. Si cette dernière ne trouve pas application, et si les faits du dossier s'y prêtent, on pourra alors examiner l'applicabilité de la défense d'intoxication volontaire encadrée par l'art. 33.1 *C. cr.* L'intoxication et l'aliénation mentale demeurent deux concepts juridiques distincts.

L'accusé qui souhaite présenter avec succès une défense d'aliénation mentale doit satisfaire aux exigences d'un test en deux étapes, d'origine législative. La première étape concerne la qualification de l'état mental de l'accusé. La question cruciale à trancher au procès est alors de savoir si l'accusé souffrait de troubles mentaux au sens juridique au moment des faits reprochés. La deuxième étape de la défense prévue à l'art. 16 *C. cr.* porte sur les effets des troubles mentaux. On doit alors décider si la condition mentale de l'accusé le rendait incapable de savoir que l'acte ou l'omission était mauvais. En l'espèce, il n'est pas contesté que B était incapable de distinguer le bien du mal au moment des faits. Le seul enjeu du pourvoi se limite donc à déterminer si cette psychose résulte d'un « trouble mental » au sens de l'art. 16 *C. cr.*

Une psychose toxique ne résulte pas en toute circonstance d'un « trouble mental ». Dans l'arrêt *Stone*, le juge Bastarache a proposé une méthode pour distinguer les psychoses toxiques qui résultent de troubles mentaux de celles qui n'en résultent pas. Cette méthode est articulée autour de deux outils analytiques, soit le facteur de la cause interne et le facteur du risque subsistant, et de certaines considérations d'ordre public.

Le facteur de la cause interne, qui constitue le premier outil analytique, place l'accent sur la comparaison entre l'accusé et une personne normale. La comparaison entre l'accusé et une personne normale s'effectuera sur une base objective et peut reposer sur la preuve psychiatrique. Plus celle-ci suggérera qu'une personne normale, c'est-à-dire une personne qui ne souffre d'aucune maladie mentale, est susceptible de développer un tel état, plus les tribunaux seront fondés à considérer que l'élément déclencheur possède une nature externe. Ces constatations excluront la condition de l'accusé de la portée de l'art. 16 *C. cr.* Le raisonnement inverse est également applicable.

En l'espèce, l'application du premier facteur suggère que la consommation de drogues représente une cause externe. Une personne normale semble effectivement susceptible de développer une psychose toxique à la suite de la consommation de drogues. Ce constat suggère fortement que B ne souffrait pas d'un trouble mental au moment de commettre les faits reprochés.

generally indicates that B's delusions can be attributed to an external factor. In addition, the psychotic symptoms B experienced began to diminish shortly after he took the drugs and continued to do so until disappearing completely. The Court of Appeal held that the disappearance of the symptoms showed that the symptoms of toxic psychosis coincided with the duration of B's intoxication. It could thus say that B suffered from no disease of the mind before committing the crimes and once the effects of his drug-taking had passed. There is no valid reason to depart from this conclusion.

The second analytical tool, the continuing danger factor, is directly related to the need to ensure public safety. In this case, there is no evidence indicating that B's mental condition is inherently dangerous in any way. Provided that B abstains from such drugs in the future, which he is capable of doing voluntarily, it would seem that his mental condition poses no threat to public safety.

In this context, B was not suffering from a "mental disorder" for the purposes of s. 16 *Cr. C.* at the time he committed the assault. A malfunctioning of the mind that results exclusively from self-induced intoxication cannot be considered a disease of the mind in the legal sense, since it is not a product of the individual's inherent psychological makeup. This is true even though medical science may tend to consider such conditions to be diseases of the mind.

The foregoing conclusion leads to the question whether s. 33.1 *Cr. C.* is applicable. This provision applies where three conditions are met: (1) the accused was intoxicated at the material time; (2) the intoxication was self-induced; and (3) the accused departed from the standard of reasonable care generally recognized in Canadian society by interfering or threatening to interfere with the bodily integrity of another person. Where these three things are proved, it is not a defence that the accused lacked the general intent or the voluntariness required to commit the offence. Section 33.1 *Cr. C.* therefore applies to any mental condition that is a direct extension of a state of intoxication. There is no threshold of intoxication beyond which s. 33.1 *Cr. C.* does not apply to an accused, which means that toxic psychosis can be one of the states of intoxication covered by this provision. It is so covered in the case at bar. The Court of Appeal therefore did not err in law in holding

D'ailleurs, l'apparition rapide des symptômes psychotiques indique généralement que les idées délirantes chez B étaient attribuables à un facteur externe. De plus, les symptômes psychotiques vécus par B ont commencé à s'estomper peu de temps après la consommation de drogues, et ce, de façon continue jusqu'à leur extinction complète. La Cour d'appel a jugé que cette rétrocession des symptômes révélait une concordance entre la durée de l'intoxication et les manifestations de la psychose toxique. La cour a pu donc affirmer que B ne souffrait d'aucune maladie mentale avant de commettre les crimes et une fois les effets de la consommation de drogues résorbés. Il n'y a aucune raison valable de s'écarter de cette conclusion.

La considération du facteur du risque subsistant, qui constitue le deuxième outil analytique, découle directement de la nécessité d'assurer la sécurité du public. En l'espèce, aucun élément de preuve n'indique que la condition mentale de B présente un quelconque niveau de dangerosité inhérente. Dans la mesure où B s'abstient à l'avenir de consommer de telles drogues, ce qu'il est en mesure de faire volontairement, il semble que sa condition mentale ne constitue pas une menace pour la sécurité du public.

Dans ce contexte, B ne souffrait pas d'un « trouble mental » pour l'application de l'art. 16 *C. cr.* au moment de commettre l'agression. Les déséquilibres mentaux développés exclusivement en raison d'une intoxication volontaire ne peuvent être considérés comme une maladie mentale au sens juridique, puisqu'ils ne sont pas le produit de la constitution psychique inhérente d'un individu. Il en est ainsi malgré le fait que la science médicale puisse volontiers considérer de tels états comme des maladies mentales.

En raison de la conclusion qui précède, il devient maintenant pertinent de s'interroger sur l'applicabilité de l'art. 33.1 *C. cr.* Cette disposition s'applique lorsque trois conditions sont réunies : (1) l'accusé était intoxiqué au moment des faits; (2) cette intoxication était volontaire; et (3) l'accusé s'est écarté de la norme de diligence raisonnable généralement acceptée dans la société canadienne en portant atteinte ou en menaçant de porter atteinte à l'intégrité physique d'autrui. Lorsque la preuve de ces trois éléments est établie, l'accusé ne peut soulever une défense basée sur l'absence d'intention générale ou de la volonté requise pour la perpétration de l'infraction. L'article 33.1 *C. cr.* s'applique donc à toute condition mentale qui constitue le prolongement direct d'un état d'intoxication. Il n'existe aucun seuil d'intoxication à partir duquel l'état d'un accusé échappe à l'application de l'art. 33.1 *C. cr.* Une psychose toxique peut donc faire partie des états d'intoxication visés par

that s. 33.1 Cr. C. was applicable rather than s. 16 Cr. C.

Cases Cited

Applied: *R. v. Stone*, [1999] 2 S.C.R. 290; **discussed:** *R. v. Daviault*, [1994] 3 S.C.R. 63; *Cooper v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 1149; *Leary v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 29; **referred to:** *Director of Public Prosecutions v. Beard*, [1920] A.C. 479; *R. v. Daley*, 2007 SCC 53, [2007] 3 S.C.R. 523; *R. v. Robinson*, [1996] 1 S.C.R. 683; *R. v. Bernard*, [1988] 2 S.C.R. 833; *R. v. Huppie*, 2008 ABQB 539 (CanLII); *R. v. King*, [1962] S.C.R. 746; *Rabey v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 513, aff'g (1977), 17 O.R. (2d) 1; *R. v. Parks*, [1992] 2 S.C.R. 871; *Perka v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 232; *R. v. Ruzic*, 2001 SCC 24, [2001] 1 S.C.R. 687; *R. v. Chaulk*, [1990] 3 S.C.R. 1303; *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933; *Winko v. British Columbia (Forensic Psychiatric Institute)*, [1999] 2 S.C.R. 625; *R. v. Simpson* (1977), 35 C.C.C. (2d) 337; *R. v. Luedecke*, 2008 ONCA 716, 269 O.A.C. 1; *R. v. Oakley* (1986), 24 C.C.C. (3d) 351; *R. v. Mailloux* (1985), 25 C.C.C. (3d) 171, aff'd [1988] 2 S.C.R. 1029; *R. v. Moroz*, 2003 ABPC 5, 333 A.R. 109; *R. v. Snelgrove*, 2004 BCSC 102 (CanLII); *R. v. Lauv*, 2004 BCSC 1093 (CanLII); *R. v. Fortin*, 2005 CanLII 6933; *R. v. Paul*, 2011 BCCA 46, 299 B.C.A.C. 85; *R. v. Malcolm* (1989), 50 C.C.C. (3d) 172; *R. v. D.P.*, 2009 QCCQ 644 (CanLII); *R. v. Vickberg* (1998), 16 C.R. (5th) 164; *R. v. Chaulk*, 2007 NSCA 84, 257 N.S.R. (2d) 99.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 11(d).
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 2, 16, 33.1, 266(a), 268, 348(1)(a), 463, Part XX.1.

Authors Cited

Alexander, Larry, and Kimberly Kessler Ferzan with contributions by Stephen J. Morse. *Crime and Culpability: A Theory of Criminal Law*. New York: Cambridge University Press, 2009.

Barrett, Joan, and Riun Shandler. *Mental Disorder in Canadian Criminal Law*. Toronto: Thomson/ Carswell, 2006 (loose-leaf updated 2011, release 2).

Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. 133, 1st Sess., 35th Parl., June 22, 1995, p. 14470.

Parent, Hugues. "Les Troubles psychotiques induits par une substance en droit pénal canadien: analyse médicale et juridique d'un concept en pleine évolution" (2010), 69 *R. du B.* 103.

cette disposition. C'est le cas en l'espèce. La Cour d'appel n'a donc pas commis d'erreur de droit en concluant à l'application de l'art. 33.1 C. cr. plutôt que de l'art. 16 C. cr.

Jurisprudence

Arrêt appliqué : *R. c. Stone*, [1999] 2 R.C.S. 290; **arrêts analysés :** *R. c. Daviault*, [1994] 3 R.C.S. 63; *Cooper c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 1149; *Leary c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 29; **arrêts mentionnés :** *Director of Public Prosecutions c. Beard*, [1920] A.C. 479; *R. c. Daley*, 2007 CSC 53, [2007] 3 R.C.S. 523; *R. c. Robinson*, [1996] 1 R.C.S. 683; *R. c. Bernard*, [1988] 2 R.C.S. 833; *R. c. Huppie*, 2008 ABQB 539 (CanLII); *R. c. King*, [1962] R.C.S. 746; *Rabey c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 513, conf. (1977), 17 O.R. (2d) 1; *R. c. Parks*, [1992] 2 R.C.S. 871; *Perka c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 232; *R. c. Ruzic*, 2001 CSC 24, [2001] 1 R.C.S. 687; *R. c. Chaulk*, [1990] 3 R.C.S. 1303; *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933; *Winko c. Colombie-Britannique (Forensic Psychiatric Institute)*, [1999] 2 R.C.S. 625; *R. c. Simpson* (1977), 35 C.C.C. (2d) 337; *R. c. Luedecke*, 2008 ONCA 716, 269 O.A.C. 1; *R. c. Oakley* (1986), 24 C.C.C. (3d) 351; *R. c. Mailloux* (1985), 25 C.C.C. (3d) 171, conf. par [1988] 2 R.C.S. 1029; *R. c. Moroz*, 2003 ABPC 5, 333 A.R. 109; *R. c. Snelgrove*, 2004 BCSC 102 (CanLII); *R. c. Lauv*, 2004 BCSC 1093 (CanLII); *R. c. Fortin*, 2005 CanLII 6933; *R. c. Paul*, 2011 BCCA 46, 299 B.C.A.C. 85; *R. c. Malcolm* (1989), 50 C.C.C. (3d) 172; *R. c. D.P.*, 2009 QCCQ 644 (CanLII); *R. c. Vickberg* (1998), 16 C.R. (5th) 164; *R. c. Chaulk*, 2007 NSCA 84, 257 N.S.R. (2d) 99.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 11d).
Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 2, 16, 33.1, 266a), 268, 348(1)a), 463, partie XX.1.

Doctrine citée

Alexander, Larry, and Kimberly Kessler Ferzan with contributions by Stephen J. Morse. *Crime and Culpability: A Theory of Criminal Law*. New York: Cambridge University Press, 2009.

Barrett, Joan, and Riun Shandler. *Mental Disorder in Canadian Criminal Law*. Toronto: Thomson/ Carswell, 2006 (loose-leaf updated 2011, release 2).

Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. 133, 1^{re} sess., 35^e lég., 22 juin 1995, p. 14470.

Parent, Hugues. « Les Troubles psychotiques induits par une substance en droit pénal canadien : analyse médicale et juridique d'un concept en pleine évolution » (2010), 69 *R. du B.* 103.

Parent, Hugues. *Responsabilité pénale et troubles mentaux: Histoire de la folie en droit pénal français, anglais et canadien*. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1999.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Thibault, Rochette and Gagnon JJ.A.), 2010 QCCA 402, 260 C.C.C. (3d) 548, 76 C.R. (6th) 59, [2010] Q.J. No. 1672 (QL), 2010 CarswellQue 9208, affirming the convictions for aggravated assault and assault entered by Decoste J.C.Q., 2008 QCCQ 5844 (CanLII), [2008] J.Q. n° 6218 (QL), 2008 CarswellQue 6362 (*sub nom. R. v. Lebrun*). Appeal dismissed.

Véronique Robert and Roland Roy, for the appellant.

Guy Loisel and Pierre DesRosiers, for the respondent.

Ginette Gobeil and François Joyal, for the intervenor the Attorney General of Canada.

Robert E. Gattrell and Joan Barrett, for the intervenor the Attorney General of Ontario.

English version of the judgment of the Court delivered by

LEBEL J. —

I. Introduction

[1] In this appeal, the Court must decide whether a toxic psychosis that results from a state of self-induced intoxication caused by an accused person's use of chemical drugs constitutes a "mental disorder" within the meaning of s. 16 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46 ("Cr. C."), and thus exempts the appellant from criminal responsibility for an offence involving interference with the bodily integrity of another person. In general, this case also gives the Court an opportunity to review the respective scopes of the insanity defence and the defence of self-induced intoxication.

[2] The appellant brutally assaulted two individuals while he was in a psychotic condition caused by chemical drugs he had taken a few hours earlier. He

Parent, Hugues. *Responsabilité pénale et troubles mentaux: Histoire de la folie en droit pénal français, anglais et canadien*. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1999.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (les juges Thibault, Rochette et Gagnon), 2010 QCCA 402, 76 C.R. (6th) 59, 260 C.C.C. (3d) 548, [2010] J.Q. n° 1672 (QL), 2010 CarswellQue 2004, qui a confirmé les déclarations de culpabilité de voies de fait graves et de voies de fait inscrites par le juge Decoste, 2008 QCCQ 5844 (CanLII), [2008] J.Q. n° 6218 (QL), 2008 CarswellQue 6362 (*sub nom. R. c. Lebrun*). Pourvoi rejeté.

Véronique Robert et Roland Roy, pour l'appellant.

Guy Loisel et Pierre DesRosiers, pour l'intimée.

Ginette Gobeil et François Joyal, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Robert E. Gattrell et Joan Barrett, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE LEBEL —

I. Introduction

[1] Dans ce pourvoi, la Cour doit décider si une psychose toxique résultant d'un état d'intoxication dans lequel un accusé s'est volontairement placé en consommant des drogues chimiques constitue un « probl[e] menta[l] » au sens de l'art. 16 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46 (« C. cr. »), et permet ainsi à l'appellant d'échapper à sa responsabilité pénale pour une infraction comportant une atteinte à l'intégrité physique d'autrui. De façon générale, le présent dossier permet également à la Cour de revoir les champs d'application respectifs des défenses d'aliénation mentale et d'intoxication volontaire.

[2] L'appellant a brutalement agressé deux individus alors qu'il se trouvait dans un état psychotique provoqué par les drogues chimiques qu'il

seriously injured one of the individuals by stomping on his head. The victim suffered serious and permanent harm. After being convicted by the Court of Québec on two counts of aggravated assault and assault (2008 QCCQ 5844 (CanLII)), the appellant tried unsuccessfully on appeal to obtain a verdict of not criminally responsible on account of mental disorder (2010 QCCA 402, 260 C.C.C. (3d) 548). With leave of this Court, the appellant is now appealing the judgment of the Quebec Court of Appeal, which rejected the argument that a toxic psychosis resulting from the voluntary consumption of drugs is a “mental disorder” within the meaning of s. 16 *Cr. C.*

[3] For the reasons that follow, I find that the judgment of the Court of Appeal is correct in law. I would therefore dismiss the appeal.

II. Main Facts

[4] The relevant facts of this case are not in dispute. For the purposes of this appeal, it will suffice to mention that the appellant, Tommy Bouchard-Lebrun, and a long-time acquaintance of his, Yohann Schmouth, had smoked marijuana and taken amphetamines during the day on October 23, 2005. In the evening, they decided to go to Amqui so the appellant could visit his parents. They took the bus from Rivière-du-Loup, where the appellant lived, to the last stop in Mont-Joli. They were still intoxicated when they got on the bus.

[5] When they arrived in Mont-Joli during the night on October 24, the appellant and his friend decided to hitchhike to Amqui. At about 1:30 a.m., Gilles Tremblay, an old acquaintance of the appellant’s family, picked them up in his car. At that time, no signs of intoxication were apparent from the appellant’s behaviour. At trial, Mr. Tremblay stated that he had not noticed anything unusual about the appellant at any time during the car trip. His statements confirmed Mr. Schmouth’s testimony

avait consommées quelques heures auparavant. Il a infligé des blessures graves à l’un d’entre eux en lui assénant violemment un coup de pied à la tête. La victime souffre de lésions graves et permanentes. Après avoir été condamné par la Cour du Québec sous deux chefs de voies de fait graves et de voies de fait (2008 QCCQ 5844 (CanLII)), l’appelant a tenté sans succès d’obtenir en appel un verdict de non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux (2010 QCCA 402, 76 C.R. (6th) 59). Sur autorisation de notre Cour, l’appelant se pourvoit maintenant à l’encontre du jugement de la Cour d’appel du Québec qui avait refusé de reconnaître qu’une psychose toxique provoquée par la consommation volontaire de stupéfiants constitue un « *troubl[e] menta[l]* » au sens de l’art. 16 *C. cr.*

[3] Pour les motifs qui suivent, je suis d’avis que le jugement de la Cour d’appel est bien fondé en droit. En conséquence, je propose de rejeter le pourvoi.

II. Principaux faits

[4] La trame factuelle de ce dossier n’est pas contestée. Pour l’étude de ce pourvoi, il suffit de mentionner que l’appelant, M. Tommy Bouchard-Lebrun, et M. Yohann Schmouth, une de ses connaissances de longue date, avaient fumé de la marijuana et pris des amphétamines dans la journée du 23 octobre 2005. Au cours de la soirée, les deux compagnons ont décidé de se rendre à Amqui pour que l’appelant visite ses parents. Ils ont donc pris l’autobus à Rivière-du-Loup, où l’appelant résidait, en direction de Mont-Joli, au terminus du service. Au moment de prendre l’autobus, les deux compagnons étaient toujours intoxiqués.

[5] Une fois arrivés à Mont-Joli, dans la nuit du 24 octobre, l’appelant et son compagnon ont décidé de faire de l’auto-stop pour se rendre à Amqui. Vers 1 h 30 du matin, M. Gilles Tremblay, une vieille connaissance de la famille de l’appelant, les a fait monter dans son auto. À cette heure précise, le comportement de l’appelant ne laissait paraître aucun signe d’intoxication. Au procès, M. Tremblay a affirmé qu’il n’avait rien remarqué d’anormal chez l’appelant tout au long du trajet en

that the appellant was [TRANSLATION] “OK” again when they were around Val-Brillant, a municipality about 15 kilometres from Amqui. Therefore, it seems that the drugs taken by the appellant during the day on October 23 had ceased to have effect before he arrived in Amqui with Mr. Schmouth.

[6] In Amqui, the two young men purchased ecstasy pills of a type known as “*poire bleue*”, which they took during the night on October 24. During the hours that followed, the appellant and Mr. Schmouth decided to go and beat up Dany Lévesque, who was known as “Pee-Wee”, for the real or imagined reason that he wore an [TRANSLATION] “upside-down cross” around his neck. Around 5:00 a.m., the appellant and Mr. Schmouth illegally entered the building where Mr. Lévesque lived. Roger Dumas, who lived on the second floor of the building, was woken up by noise coming from the ground floor and went down to Mr. Lévesque’s apartment to find out what was going on. The two occupants of the building met in the stairs and realized that the appellant and Mr. Schmouth were there, and the latter two then brutally attacked Mr. Lévesque by punching and kicking him many times.

[7] Mr. Dumas saw that Mr. Lévesque could not defend himself against his two attackers and tried to intervene. The appellant grabbed him and threw him violently down the stairs. Mr. Dumas lay on the floor at the bottom of the stairs. The appellant went down to where he was and stomped on his head. The assault left Mr. Dumas disabled, and he will have to spend the rest of his life in a hospital.

[8] At the time of the assault, the appellant was highly intoxicated because of the effects of the “*poire bleue*” pill he had taken a few hours earlier. In addition to the “normal” symptoms of intoxication resulting from the use of that drug, the highly toxic pill had produced a striking and, according to the appellant, unanticipated effect on him, as it

voiture. Ses déclarations confirment le témoignage de M. Schmouth, selon lequel l’appelant était redevenu « correct » dans les environs de Val-Brillant, une municipalité située à une quinzaine de kilomètres d’Amqui. Ainsi, il semble que les drogues que l’appelant a consommées dans la journée du 23 octobre avaient cessé de faire effet avant qu’il arrive à Amqui avec M. Schmouth.

[6] À Amqui, les deux jeunes hommes ont acheté des comprimés d’ecstasy connus sous le nom de « poire bleue », qu’ils ont consommés dans la nuit du 24 octobre. Dans les heures qui ont suivi, l’appelant et M. Schmouth ont décidé d’aller administrer une correction à M. Dany Lévesque, surnommé « Pee-Wee », pour le motif réel ou imaginé que ce dernier portait une « croix à l’envers » au cou. Aux alentours de 5 h du matin, l’appelant et M. Schmouth ont pénétré illégalement dans l’immeuble habité par M. Lévesque. Réveillé par le bruit provenant du rez-de-chaussée, M. Roger Dumas, qui habitait au deuxième étage de l’immeuble, descendit à l’appartement de M. Lévesque afin de comprendre ce qui se passait. Les deux occupants de l’immeuble se rencontrèrent dans les escaliers et constatèrent à cet endroit la présence de l’appelant et de M. Schmouth. Aussitôt après avoir été aperçus, ces derniers s’attaquèrent à M. Lévesque sans ménagement en lui assénant de nombreux coups de poing et coups de pied.

[7] Voyant que M. Lévesque était incapable de se défendre contre ses deux agresseurs, M. Dumas tenta de s’interposer. L’appelant l’empoigna alors et le projeta violemment au bas de l’escalier. M. Dumas resta étendu sur le sol au bas des marches. L’appelant le rejoignit et lui porta un violent coup de pied à la tête. Cet assaut a rendu M. Dumas invalide et il devra passer le reste de sa vie dans une chambre d’hôpital.

[8] Au moment de l’agression, l’appelant était fortement intoxiqué en raison des effets du comprimé de « poire bleue » qu’il avait consommé quelques heures plus tôt. Au-delà des symptômes « normaux » reliés à un état d’intoxication découlant de la consommation de cette drogue, ce comprimé hautement toxique avait produit chez l’appelant un

caused a complete dissociation between the appellant's subjective perceptions and the objective reality. To put it bluntly, he was [TRANSLATION] "on another planet". Two witnesses at the trial stated that he [TRANSLATION] "started acting weird" and was "completely out of it" after taking the "poire bleue" pill.

[9] In actual fact, the appellant experienced an episode that might be described as religious delirium in light of its symptoms. It was after taking the drug that he became obsessed with the "upside-down cross" supposedly worn by Mr. Lévesque. During the attack, he made statements of a religious nature that, although coherent, were basically absurd. For example, he said that the Apocalypse was coming. At one point, he raised his arms in the air and asked the victims and the helpless witnesses to the attack whether they believed in him. After referring a few times to God and the Devil once the attack was over, he blessed Mr. Dumas's spouse by making the sign of the cross on her forehead. Mr. Dumas was still lying on the floor when the appellant then left the scene very calmly as if nothing had just happened.

[10] It has never been in dispute, in any of the courts, that the appellant was in a serious psychotic condition at the time of the offences and that the effects of that condition diminished gradually until they disappeared on October 28, 2005. The essential issue in this appeal is instead how that psychosis affects the appellant's criminal responsibility. I will consider this issue later in these reasons. For now, it will suffice to note that, according to the evidence, the appellant had never experienced a psychotic episode such as this prior to the incidents in question. He had no underlying disease of the mind, nor was he addicted to a particular substance. Although he described himself at trial as an [TRANSLATION] "occasional user" of drugs, the evidence does not establish that he "abused" drugs — if it can be said that occasional drug use does not constitute abuse, that is.

effet retentissant qu'il affirme ne pas avoir anticipé. En fait, la « poire bleue » a provoqué une dissociation complète entre les perceptions subjectives vécues par l'appelant et la réalité objective. Pour dire les choses sans détour, l'appelant était parvenu « sur une autre planète ». Deux témoins au procès ont d'ailleurs affirmé que l'appelant a « viré bizarre » et est devenu « capoté ben raide » après avoir ingurgité ce comprimé de « poire bleue ».

[9] Dans les faits, l'appelant a vécu un épisode que l'on pourrait qualifier de délire religieux, d'après ses manifestations. C'est à partir de la consommation de cette drogue que la « croix à l'envers » supposément portée par M. Lévesque a commencé à l'obséder. Pendant l'agression, l'appelant a tenu des propos à connotation religieuse qui étaient cohérents, mais foncièrement insensés. Ainsi, il a affirmé que l'Apocalypse s'en venait. Puis, à un certain moment, il a levé les bras en l'air en demandant aux victimes et aux témoins impuissants de l'agression s'ils croyaient en lui. Après quelques références à Dieu et au diable, il a béni la conjointe de M. Dumas en lui faisant un signe de croix sur le front après l'agression. Alors que M. Dumas gisait toujours sur le sol, l'appelant a ensuite quitté les lieux très calmement, comme si rien ne venait de se produire.

[10] Devant toutes les instances judiciaires, il n'a jamais été contesté que l'appelant se trouvait, au moment des actes criminels, dans un état psychotique sérieux dont les effets se sont progressivement estompés jusqu'à leur disparition le 28 octobre 2005. L'essence de ce pourvoi consiste plutôt à déterminer les effets de cette psychose sur la responsabilité criminelle de l'appelant. J'analyserai cette question plus loin dans les motifs. Dans l'immédiat, il suffit de souligner que, selon la preuve, l'appelant n'avait jamais traversé d'épisode psychotique de cette nature avant les événements en question. Il ne souffrait d'aucune maladie mentale sous-jacente ni de dépendance à une substance particulière. Bien qu'il se soit lui-même décrit au procès comme un « consommateur occasionnel » de drogues, la preuve ne permet pas de conclure qu'il en ait fait un « usage abusif » — si tant est qu'il soit possible d'affirmer qu'une consommation occasionnelle de drogues ne constitue pas un abus.

[11] As a result of these incidents, the appellant was charged with committing aggravated assault on Mr. Dumas and Mr. Lévesque contrary to ss. 266(a) and 268 *Cr. C.*, and with breaking and entering a dwelling-house with intent to commit an indictable offence and attempting to break and enter a place other than a dwelling-house contrary to ss. 348(1)(a) and 463 *Cr. C.* He pleaded not guilty to all the charges against him.

III. Judicial History

A. *Court of Québec, 2008 QCCQ 5844 (CanLII) (Judge Decoste)*

[12] At a trial before a judge alone, the appellant raised one defence. Although he admitted that he had committed the acts on which the charges were based, he claimed that, at the time, he had been under the effects of a psychotic condition induced by Mr. Schmouth's spiritual influence. The defence's position was that this psychotic condition had prevented the appellant from exercising judgment to assess what impact his drug-taking on October 23 and 24, 2005 might have (para. 31). As a result, he was exempt from criminal liability for the commission of the acts for which he had been charged.

[13] Two psychiatrists were heard at trial, one for the Crown and the other for the defence. They were in agreement that the appellant had been suffering from [TRANSLATION] "a severe psychosis that made him incapable of distinguishing right from wrong" (para. 33) at the time he committed the acts in question. However, the experts disagreed about the origin of the psychosis. Dr. Roger Turmel, the defence's expert, stated that the appellant's psychosis had resulted mainly from [TRANSLATION] "the mystical atmosphere" into which he had been plunged by Mr. Schmouth. In Dr. Turmel's opinion, "even Mr. [Bouchard-]Lebrun's decision to take drugs was not made freely but was influenced in a way by the control his friend exerted over him" (para. 31). The Crown's expert disagreed with this. According to Dr. Sylvain Faucher,

[11] À la suite de ces événements, l'appellant a été accusé d'avoir commis des voies de faits graves contre M. Dumas et M. Lévesque, en violation de l'al. 266a) et de l'art. 268 *C. cr.*, et de s'être introduit par effraction dans une maison d'habitation dans le but de commettre un acte criminel et d'avoir tenté de s'introduire par effraction dans un endroit autre qu'une maison d'habitation, contrairement à l'al. 348(1)a) et à l'art. 463 *C. cr.* L'appellant a plaidé non coupable à l'ensemble des accusations portées contre lui.

III. Historique judiciaire

A. *Cour du Québec, 2008 QCCQ 5844 (CanLII) (le juge Decoste)*

[12] Au cours d'un procès tenu devant un juge seul, l'appellant a présenté une défense. Bien qu'il ait admis avoir commis les actes à la base des chefs d'accusation, il a néanmoins affirmé qu'il se trouvait alors sous l'effet d'une psychose provoquée par l'influence spirituelle de M. Schmouth. Selon l'argument de la défense, cet état de psychose aurait empêché l'appellant d'évaluer avec discernement l'impact de la prise de drogues les 23 et 24 octobre 2005 (par. 31). En conséquence, il n'aurait pas engagé sa responsabilité pénale en commettant les actes qui lui sont reprochés.

[13] Deux psychiatres ont été entendus au procès, l'un pour le ministère public, l'autre pour la défense. Tous deux ont émis l'opinion que l'appellant, au moment de commettre les gestes reprochés, était atteint d'« une sévère psychose le rendant inapte à juger la distinction entre le bien et le mal » (par. 33). Par contre, les experts ont offert des opinions contradictoires quant à l'origine de la psychose. Pour le D^r Roger Turmel, assigné par la défense, la psychose résultait principalement de « l'atmosphère mystique » dans laquelle M. Schmouth avait plongé l'appellant. Selon lui, « même la décision de consommer des stupéfiants par Monsieur [Bouchard-]Lebrun n'était pas effectuée librement, mais d'une certaine façon influencée par l'esprit de contrôle qu'exerçait son ami sur lui » (par. 31). Cette thèse a été contredite par l'expert de la

the circumstances required for psychosis resulting from a third party's influence were not present in this case. He concluded instead that, at the material time, the appellant had been suffering from toxic psychosis, that is, psychosis caused by the consumption of toxic substances (para. 37).

[14] Judge Decoste accepted Dr. Faucher's opinion and found that the appellant had been suffering from toxic psychosis at the time he committed the offences (para. 41). In Judge Decoste's view, because of that state of extreme intoxication, the appellant had to be acquitted on the counts of breaking and entering with intent to commit a criminal offence and attempting to break and enter. He then convicted the appellant on the counts of aggravated assault on Mr. Dumas and assault on Mr. Lévesque, referring for that purpose to s. 33.1 *Cr. C.*, which provides that self-induced intoxication cannot be a defence to an offence against the bodily integrity of another person (para. 51).

[15] In a separate judgment (2008 QCCQ 8927 (CanLII)), Judge Decoste sentenced the appellant to imprisonment for five years for the offence of aggravated assault and three months concurrent for that of common assault.

B. *Quebec Court of Appeal, 2010 QCCA 402, 260 C.C.C. (3d) 548 (Thibault, Rochette and Gagnon J.J.A.)*

[16] The appellant appealed the guilty verdict and the related sentence to the Quebec Court of Appeal. In the appeal against the verdict, his defence and arguments changed. He no longer claimed that his psychotic condition had resulted from Mr. Schmouth's spiritual influence. After conceding that he had acted under the influence of a toxic psychosis, he instead argued that the defence of mental disorder should have been applicable as a result of this condition, since the evidence at trial showed that he had been incapable of distinguishing right from wrong at the material time (para. 18).

Couronne. D'après le D^r Sylvain Faucher, les circonstances d'une psychose résultant de l'influence exercée par un tiers n'étaient pas réunies en l'espèce. Il a plutôt conclu que l'appellant, au moment des faits, était atteint d'une psychose toxique, c'est-à-dire d'une psychose causée par la consommation de substances toxiques (par. 37).

[14] Le juge Decoste a retenu l'opinion du D^r Faucher. Il a conclu que l'appellant était atteint d'une psychose toxique au moment de commettre les infractions reprochées (par. 41). À son avis, cet état d'intoxication extrême devait entraîner l'acquiescement de l'appellant relativement aux chefs d'accusation d'introduction par effraction dans le but de commettre une infraction criminelle et de tentative de s'introduire par effraction. Ensuite, en se référant à l'art. 33.1 *C. cr.*, en vertu duquel l'intoxication volontaire ne peut constituer une défense à une infraction contre l'intégrité physique d'autrui, il a conclu à la culpabilité de l'appellant relativement aux chefs de voies de fait graves contre M. Dumas et de voies de fait contre M. Lévesque (par. 51).

[15] Dans un jugement distinct (2008 QCCQ 8927 (CanLII)), le juge Decoste a infligé à l'appellant une peine d'emprisonnement de cinq ans pour le crime de voies de fait graves et une peine concurrente de trois mois pour celui de voies de fait simples.

B. *Cour d'appel du Québec, 2010 QCCA 402, 76 C.R. (6th) 59 (les juges Thibault, Rochette et Gagnon)*

[16] L'appellant s'est pourvu devant la Cour d'appel du Québec contre le verdict de culpabilité et la sentence s'y rattachant. Dans le cadre de l'appel sur le verdict, sa défense et son argumentation ont changé. En effet, l'appellant a abandonné la prétention selon laquelle son état psychotique résultait de l'influence spirituelle exercée par M. Schmouth. Après avoir concédé qu'il avait agi sous l'effet d'une psychose toxique, il a plutôt plaidé que cet état aurait dû entraîner l'application de la défense de troubles mentaux, puisque la preuve au procès aurait révélé qu'il n'était pas en mesure de distinguer le bien du mal au moment des faits (par. 18).

[17] In general terms, the appellant argued that the trial judge had confused the insanity defence under s. 16 *Cr. C.* with the defence of self-induced intoxication under s. 33.1 *Cr. C.* He therefore asked the Court of Appeal to disregard s. 33.1 and find that he was not criminally responsible on the basis that his toxic psychosis on the night of October 24, 2005 was a “mental disorder” within the meaning of s. 16 *Cr. C.*

[18] The Court of Appeal rejected the appellant’s arguments. Thibault J.A., writing for the court, began by expressing disagreement with the premise on which they were based, namely that the development of a psychotic condition was [TRANSLATION] “unforeseeable” in this case (para. 32). She noted that, on the contrary, Dr. Faucher’s testimony had proved that 50 percent of PCP users and 13 percent of amphetamine users were likely to develop such a condition (*ibid.*). She added that the appellant seemed to be one of those people, since the effects of his psychosis had lasted as long as he had remained intoxicated (para. 34).

[19] Thibault J.A. then pointed out that according to the line of authority based on *R. v. Daviault*, [1994] 3 S.C.R. 63, the defence of self-induced intoxication was available in extreme cases to accused persons charged with general intent offences. She added that the enactment by Parliament of s. 33.1 *Cr. C.* had limited this defence to non-violent offences.

[20] To conclude her analysis, Thibault J.A. considered the scope of s. 16 *Cr. C.*, which concerns the insanity defence. She acknowledged that the courts had held that the defence was available to an accused person suffering from an underlying mental disorder whose mental condition had [TRANSLATION] “deteriorated even more” as a result of drug use (para. 77). However, she pointed out that this Court had clearly held in *Cooper v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 1149, that transitory

[17] De façon générale, l’appelant a reproché au juge de première instance d’avoir confondu la défense d’aliénation mentale codifiée à l’art. 16 *C. cr.* et celle d’intoxication volontaire encadrée par l’art. 33.1 *C. cr.* Il a donc invité la Cour d’appel à faire abstraction de cette dernière disposition législative et à conclure à sa non-responsabilité criminelle au motif que la psychose toxique survenue dans la nuit du 24 octobre 2005 constituait un « troubl[e] menta[l] » au sens de l’art. 16 *C. cr.*

[18] La Cour d’appel a rejeté les prétentions de l’appelant. Au nom de la cour, la juge Thibault a d’abord exprimé son désaccord avec la prémisse sur laquelle l’argumentation de l’appelant était fondée, soit que le développement d’un état psychotique était « imprévisible » en l’espèce (par. 32). Elle a plutôt noté que le témoignage du D^r Faucher avait prouvé que 50 p. 100 des consommateurs du PCP, et 13 p. 100 de ceux qui consomment des amphétamines, sont susceptibles de développer un tel état (par. 32). Elle a ajouté que l’appelant a semblé être l’un de ces sujets, puisque les effets de sa psychose se sont fait sentir pendant une période correspondant à la durée de son intoxication (par. 34).

[19] Ensuite, la juge Thibault a rappelé que la jurisprudence découlant de l’arrêt *R. c. Daviault*, [1994] 3 R.C.S. 63, permettait, dans les cas extrêmes, à un accusé de soulever une défense d’intoxication volontaire à l’encontre d’un chef d’accusation impliquant un crime d’intention générale. Puis, elle a souligné que l’adoption par le Parlement de l’art. 33.1 *C. cr.* avait limité cette défense aux infractions non violentes.

[20] Enfin, pour conclure son analyse, la juge Thibault a examiné le champ d’application de l’art. 16 *C. cr.* portant sur la défense d’aliénation mentale. Elle a reconnu que la jurisprudence acceptait qu’un accusé souffrant des troubles mentaux sous-jacents et dont la condition mentale se serait « détériorée davantage » en raison d’une consommation de drogues puisse bénéficier de cette défense (par. 77). Par contre, elle a souligné que l’arrêt *Cooper c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 1149, avait décidé

psychosis induced by drug use cannot be considered a “disease of the mind” within the meaning of ss. 2 and 16 *Cr. C.* She accordingly held that because of the appellant’s psychotic condition at the time he assaulted his victims, his insanity defence under s. 16 of the *Criminal Code* could not succeed.

[21] In this regard, Thibault J.A. added that the appellant had no underlying disease of the mind and had become perfectly sane again once the effects of the “*poire bleue*” had passed. Finally, in her opinion, the appellant’s argument was an attempt to circumvent Parliament’s intent by making it possible for an accused person to plead self-induced intoxication to avoid criminal liability for an offence against the bodily integrity of another person (para. 79), whereas the explicit purpose of the enactment of s. 33.1 *Cr. C.* had been to preclude such an outcome.

[22] The Court of Appeal also dismissed the appeal against sentence on the basis that the sentences imposed by the trial judge, though harsh, were not unreasonable (para. 85).

IV. Analysis

A. *Issues*

[23] This appeal raises the following issues:

1. Does s. 33.1 *Cr. C.* limit the scope of the defence of not criminally responsible on account of mental disorder provided for in s. 16 *Cr. C.*?
2. Can a toxic psychosis whose symptoms are caused by a state of self-induced intoxication be a “mental disorder” within the meaning of s. 16 *Cr. C.*?

clairement qu’une psychose transitoire attribuable à une consommation de stupéfiants ne peut être considérée comme une « maladie mentale » au sens des art. 2 et 16 *C. cr.* La juge Thibault a alors décidé que l’état psychotique dans lequel l’appellant s’était trouvé au moment des agressions contre ses victimes ne lui permettait pas d’invoquer avec succès la défense d’aliénation mentale prévue à l’art. 16 du *Code criminel*.

[21] À ce propos, la juge Thibault a ajouté que l’appellant ne souffrait d’aucune maladie mentale sous-jacente et qu’il était redevenu parfaitement sain d’esprit après la résorption des effets de la « poire bleue ». Finalement, la juge Thibault a exprimé l’avis que l’argumentation de l’appellant tentait de contourner l’intention du législateur, en permettant à un accusé de plaider l’intoxication volontaire afin d’échapper à sa responsabilité criminelle relativement à une infraction contre l’intégrité physique d’autrui (par. 79), alors que l’adoption de l’art. 33.1 *C. cr.* avait explicitement pour objectif d’exclure un tel résultat.

[22] Par ailleurs, la Cour d’appel a rejeté l’appel sur la sentence au motif que les peines imposées par le juge de première instance, quoique sévères, n’étaient pas déraisonnables (para. 85).

IV. Analyse

A. *Les questions en litige*

[23] Le présent pourvoi soulève les questions suivantes :

1. L’article 33.1 *C. cr.* restreint-il la portée de la défense de non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux prévue à l’art. 16 *C. cr.*?
2. Une psychose toxique dont les manifestations sont causées par un état d’intoxication volontairement provoqué peut-elle constituer un « troubl[e] menta[l] » en vertu de l’art. 16 *C. cr.*?

B. *Understanding the Nature of the Issue in This Appeal: Response to Daviault and Interplay Between Sections 16 and 33.1 Cr. C.*

[24] The appellant concedes that the evidence in the record shows that his toxic psychosis *resulted exclusively* from his state of self-induced intoxication the night of October 24, 2005. Although he disagrees with the failure of the courts below to take his predisposition to such a psychiatric disorder into account, he is not specifically submitting that they erred in rejecting the argument that his intoxication had triggered a latent disease of the mind. Indeed, his counsel stated at the hearing in this Court that she was not raising this as a ground of appeal (transcript, at p. 4).

[25] Nevertheless, the appellant's position leads to the same result. It amounts in substance to arguing that a single episode of intoxication can be a "mental disorder" within the meaning of s. 16 *Cr. C.* if it produces abnormal effects on the accused, such as psychotic symptoms. The syllogism proposed by the appellant comes down to this: since toxic psychosis is an abnormal effect of intoxication, it necessarily affects only those whose psyches are particularly fragile or vulnerable. As a result, this toxic psychosis must be considered a mental disorder from a legal standpoint.

[26] Thus, the appellant is arguing indirectly that the toxic psychosis he developed after taking a "poire bleue" pill resulted from an underlying disease of the mind that became apparent as a result of his intoxication. But because of the obstacles presented by the evidence in the record and the trial judge's findings of fact in relation to this argument, the appellant does not focus on his personal situation. Instead, he relies on an argument of general application. According to him, *any* toxic psychosis, even one that results, as the trial judge found in this case, from a single episode of intoxication, must be

B. *Comprendre la nature du problème soulevé dans le présent pourvoi : les suites de l'arrêt Daviault et l'interaction entre les art. 16 et 33.1 C. cr.*

[24] L'appelant ne conteste pas le fait que la preuve versée au dossier indique que la psychose toxique dont il a souffert a *exclusivement résulté* de l'état d'intoxication dans lequel il s'est volontairement placé dans la nuit du 24 octobre 2005. Bien qu'il déplore que les tribunaux inférieurs n'aient pas tenu compte de ses prédispositions à développer un tel désordre psychique, il ne soutient pas spécifiquement que ceux-ci ont refusé à tort de reconnaître que son intoxication aurait constitué l'élément déclencheur d'une maladie mentale en phase latente. Lors de l'audition devant notre Cour, son avocate a d'ailleurs déclaré qu'elle n'invoquait pas cette prétention comme moyen d'appel (transcription, p. 4).

[25] La position défendue par l'appelant conduit néanmoins au même résultat. En substance, elle revient à prétendre qu'un épisode unique d'intoxication peut constituer un « troubl[e] menta[l] » au sens de l'art. 16 *C. cr.*, lorsqu'il provoque chez l'accusé des effets anormaux tels que des symptômes psychotiques. Le syllogisme proposé par l'appelant se décline ainsi : puisqu'une psychose toxique représente un effet anormal de l'intoxication, elle n'afflige nécessairement que les individus dont le psychisme présente une fragilité ou une vulnérabilité particulière. En conséquence, cette psychose toxique doit être considérée comme un trouble mental sur le plan juridique.

[26] On constate donc que l'appelant plaide indirectement que la psychose toxique qu'il a développée après avoir consommé un comprimé de « poire bleue » résulte d'une maladie mentale sous-jacente que l'intoxication a rendue manifeste. En raison des obstacles que posent la preuve versée au dossier et les conclusions de fait tirées par le juge de première instance quant à cette prétention, l'appelant n'insiste cependant pas sur sa situation personnelle. Il mise plutôt sur un argument à portée générale. D'après lui, *toute* psychose toxique, même si elle résulte d'un épisode unique d'intoxication,

considered a “mental disorder” within the meaning of s. 16 *Cr. C.* (A.F., at para. 48). The appellant’s reasoning therefore rests on the premise that intoxication can never be the real or underlying cause of toxic psychosis and that toxic psychosis must originate in a pre-existing mental condition.

[27] The corollary to this argument is that a person in a psychotic condition should never, from a legal standpoint, be considered merely to be intoxicated (transcript, at p. 11). The appellant thus contends that the Court of Appeal confused the defence of self-induced intoxication with that of mental disorder under s. 16 *Cr. C.* in holding that s. 33.1 *Cr. C.* applied in this case (A.F., at para. 34). More specifically, the appellant argues that Thibault J.A. erred in writing that [TRANSLATION] “[h]is submission would have the effect of rendering s. 33.1 *Cr. C.* meaningless and [disregarding] the clearly expressed legislative intent of preventing individuals who reach a state of extreme intoxication by voluntarily consuming drugs or alcohol from avoiding criminal liability” (para. 79). In his opinion, this passage wrongly suggests that s. 33.1 *Cr. C.* limits the scope of the defence of not criminally responsible on account of mental disorder.

[28] The appellant adds that the passage in question is incorrect in law because Parliament, in enacting s. 33.1 *Cr. C.*, endorsed the position taken by the dissenting judges in *Daviault* that, owing to policy considerations, the defence of self-induced intoxication should not be available in the case of a general intent offence. He points out that those dissenting judges had acknowledged that [TRANSLATION] “toxic psychosis remained a defence under s. 16” (A.F., at para. 74). The appellant therefore submits that the dissent in *Daviault* struck a judicious balance and gave effect to society’s wish to punish reprehensible acts committed by persons who decide voluntarily to become intoxicated, but not to punish those who lack the mental capacity to form any culpable intent. In his view, Sopinka J.’s reasons support his position that

comme l’a conclu le premier juge, doit être considérée comme un « troubl[e] menta[l] » au sens de l’art. 16 *C. cr.* (m.a., par. 48). Le raisonnement de l’appelant repose ainsi sur la prémisse que l’intoxication ne saurait en aucune circonstance constituer la cause réelle ou profonde de la psychose toxique et que l’origine de celle-ci doit se retrouver dans un état mental préexistant.

[27] Le corollaire de cette prétention signifierait qu’une personne en état de psychose ne devrait jamais, sur le plan juridique, être considérée comme étant simplement intoxiquée (transcription, p. 11). L’appelant reproche ainsi à la Cour d’appel d’avoir confondu la défense d’intoxication volontaire avec celle de troubles mentaux, prévue à l’art. 16 *C. cr.*, en concluant à l’application de l’art. 33.1 *C. cr.* en l’espèce (m.a., par. 34). L’appelant s’en prend spécifiquement au bien-fondé du passage du jugement où la juge Thibault a écrit que « [l]a proposition de l’appelant aurait pour effet de vider l’article 33.1 *C. cr.* de son sens et aussi de mettre de côté le vœu, clairement exprimé par le législateur, d’empêcher un individu qui, par sa consommation volontaire de drogues ou d’alcool atteint un état d’intoxication extrême, de se soustraire à sa responsabilité criminelle » (par. 79). Il affirme que cet extrait suggère à tort que l’art. 33.1 *C. cr.* limite la portée de la défense de non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux.

[28] L’appelant ajoute que ce passage serait mal fondé en droit puisque le législateur fédéral, en adoptant l’art. 33.1 *C. cr.*, aurait endossé la position des juges dissidents dans l’arrêt *Daviault*, selon laquelle des considérations d’ordre public militaient contre la reconnaissance de l’intoxication volontaire comme défense à un chef d’accusation portant sur une infraction d’intention générale. Or, il souligne que ces mêmes juges dissidents ont reconnu que « la psychose toxique demeurait un moyen de défense en vertu de l’article 16 » (m.a., par. 74). L’appelant soutient donc que l’opinion dissidente dans l’arrêt *Daviault* aurait réalisé un judicieux équilibre. Elle donnerait effet au vœu sociétal de réprimer les agissements répréhensibles commis par une personne qui a volontairement décidé de s’intoxiquer tout en évitant de punir un

[TRANSLATION] “those who become mentally ill as a result of drug use are fragile and vulnerable individuals who are predisposed to mental disorders” (A.F., at para. 84). But the appellant raises no arguments regarding the constitutionality of s. 33.1 *Cr. C.*, which means that only the interpretation and application of that provision are in issue.

[29] Before I respond to the appellant’s argument that s. 33.1 *Cr. C.* must not be interpreted as changing the scope of the defence of mental disorder, it will be helpful to briefly summarize the case law that led to the enactment of that provision. There are three seminal cases in this regard. The first is the decision of the House of Lords in *Director of Public Prosecutions v. Beard*, [1920] A.C. 479, in which Lord Birkenhead set out the following three rules (as summarized by Bastarache J. in *R. v. Daley*, 2007 SCC 53, [2007] 3 S.C.R. 523, at para. 34):

- (1) That intoxication could be a ground for an insanity defence if it produced a disease of the mind.
- (2) That evidence of drunkenness which renders the accused incapable of forming the specific intent essential to constitute the crime should be taken into consideration with the other facts proved in order to determine whether or not he had this intent.
- (3) That evidence of drunkenness falling short of a proved incapacity in the accused to form the intent necessary to constitute the crime, and merely establishing that his mind was affected by drink so that he more readily gave way to some violent passion, does not rebut the presumption that a man intends the natural consequences of his acts.

[30] In *Beard*, therefore, the House of Lords stated the principle that intoxication can be raised as a defence in respect of a specific intent offence in certain circumstances. This principle still represents the state of the law in Canada on this question,

individu dépourvu de la capacité mentale de former une quelconque intention coupable. À son avis, les motifs rédigés par le juge Sopinka supportent sa position selon laquelle « ce sont des individus fragiles, vulnérables, prédisposés aux troubles mentaux qui, en raison d’une consommation de stupéfiants, deviennent mentalement malades » (m.a., par. 84). Par ailleurs, l’appelant ne soulève aucun argument au sujet de la constitutionnalité de l’art. 33.1 *C. cr.* Le débat ne porte donc que sur l’interprétation et l’application de cette disposition.

[29] Avant de répondre à l’argument soulevé par l’appelant selon lequel l’art. 33.1 *C. cr.* ne doit pas être interprété comme une modification de la portée de la défense de troubles mentaux, il est utile de résumer sommairement la jurisprudence dont l’évolution a conduit à l’adoption de cette disposition législative. Trois jugements ont joué un rôle fondamental dans cette matière. Le premier d’entre eux a été rendu par la Chambre des lords dans l’affaire *Director of Public Prosecutions c. Beard*, [1920] A.C. 479. Dans cet arrêt, lord Birkenhead a énoncé les trois règles suivantes (comme les résumait le juge Bastarache dans l’arrêt *R. c. Daley*, 2007 CSC 53, [2007] 3 R.C.S. 523, par. 34) :

- (1) L’intoxication peut fonder une défense d’aliénation mentale si elle a causé une maladie mentale.
- (2) La preuve de l’ivresse qui rend l’accusé incapable de former l’intention spécifique qui constitue un élément essentiel du crime doit être examinée, avec le reste de la preuve, pour déterminer s’il a eu ou non cette intention.
- (3) Si la preuve de l’ivresse n’est pas suffisante pour établir que l’accusé était incapable de former l’intention nécessaire pour commettre le crime et ne fait qu’établir que son esprit était affecté par ce qu’il avait bu, de sorte qu’il s’est laissé aller plus facilement à un violent accès de passion, la présomption qu’une personne veut les conséquences naturelles de ses actes n’est pas repoussée.

[30] L’arrêt *Beard* a ainsi énoncé le principe selon lequel l’intoxication pouvait, en certaines circonstances, constituer une défense à une accusation relative à une infraction exigeant une intention spécifique. Sous réserve des nuances apportées

although it is subject to the qualification of Lord Birkenhead's third rule in *R. v. Robinson*, [1996] 1 S.C.R. 683 (*Daley*, at para. 40). In *Robinson*, this Court held that the third of the rules from *Beard*, which was based on the *capacity* of the accused to form a specific intent, violated ss. 7 and 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, because it required a jury to convict even if there was a reasonable doubt that the accused possessed *actual intent*. The Court therefore replaced this rule with one to the effect that intoxication can be a defence if it prevented the accused from forming the actual specific intent to commit the offence.

[31] Since *Beard*, it has thus been possible to apply the intoxication defence to acquit an accused charged with a specific intent offence or, where the nature of the offence so permits, to convict the accused of a lesser included offence requiring only general intent. Another question that subsequently arose was whether an accused could also use the defence of self-induced intoxication to raise a reasonable doubt about *mens rea* where the offence required only general intent. In *Leary v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 29, this Court answered this question in the negative. In that case, the Court established the principle that the recklessness shown by an accused in becoming voluntarily intoxicated can constitute the fault element needed to find that a general intent offence has been committed (*Daley*, at para. 36; see also the reasons of McIntyre J. in *R. v. Bernard*, [1988] 2 S.C.R. 833).

[32] In *Daviault*, however, a majority of the Court held that the "substituted *mens rea*" rule from *Leary* was contrary to ss. 7 and 11(d) of the *Charter*. Cory J. stated that "[a] person intending to drink cannot be said to be intending to commit a sexual assault" (p. 92). He added that "to deny that even a very minimal mental element is required for sexual assault offends the *Charter* in a manner

dans l'arrêt *R. c. Robinson*, [1996] 1 R.C.S. 683, relativement à la troisième règle énoncée par lord Birkenhead, ce principe représente toujours l'état du droit au Canada sur cette question (*Daley*, par. 40). Toutefois, dans l'arrêt *Robinson*, notre Cour a décidé que la troisième règle de l'arrêt *Beard*, qui était articulée autour de la notion de *capacité* de l'accusé de former une intention spécifique, violait l'art. 7 et l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, puisqu'elle obligeait un jury à rendre un verdict de culpabilité même en présence d'un doute raisonnable quant à l'*intention véritable* de l'accusé. En conséquence, la Cour l'a remplacée par une règle selon laquelle l'intoxication peut constituer une défense lorsqu'elle a empêché l'accusé de former une véritable intention spécifique de perpétrer l'infraction.

[31] Depuis l'arrêt *Beard*, la défense d'intoxication permet donc d'acquitter un prévenu accusé d'une infraction d'intention spécifique ou, selon la nature de l'infraction en cause, de réduire la condamnation à une déclaration de culpabilité d'une infraction incluse pour laquelle seule une intention générale est requise. Une autre question s'est par la suite posée, soit celle de savoir si un accusé pouvait aussi présenter une défense d'intoxication volontaire afin de soulever un doute raisonnable à l'égard de la *mens rea* lorsque l'infraction reprochée n'exige qu'une intention générale. Dans l'arrêt *Leary c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 29, notre Cour a répondu à cette question par la négative. Cette décision a établi le principe que l'indifférence dont fait preuve un accusé en s'intoxiquant volontairement peut constituer l'élément fautif nécessaire pour la perpétration d'un crime d'intention générale (*Daley*, par. 36; voir également les motifs du juge McIntyre dans l'arrêt *R. c. Bernard*, [1988] 2 R.C.S. 833).

[32] Dans l'arrêt *Daviault*, une majorité de la Cour a cependant jugé que la règle de la « *mens rea* substituée » mise de l'avant dans l'arrêt *Leary* était contraire à l'art. 7 et à l'al. 11d) de la *Charte*. Le juge Cory a affirmé qu'« [o]n ne peut prêter à la personne qui décide de boire l'intention de commettre une agression sexuelle » (p. 92). Il a ajouté que « le fait de nier qu'un élément moral même

that is so drastic and so contrary to the principles of fundamental justice that it cannot be justified under s. 1 of the *Charter*" (*ibid.*). The Court thus cast aside the *Leary* rule in *Daviault* and established the principle that accused persons who were in a "state akin to automatism or insanity" at the time they committed an act constituting a general intent offence would be legally entitled to raise a reasonable doubt concerning the required mental element (pp. 99-100).

[33] Sopinka J. wrote a strong dissent in *Daviault*. In his view, there was no reason to abandon the *Leary* rule, since the application of that rule did not relieve the Crown of the responsibility of proving "the existence of a *mens rea* or any of the other elements of the offence of sexual assault which are required by the principles of fundamental justice" (p. 115). He felt that the validity of the *Leary* rule was also reinforced by sound policy considerations, including society's right "to punish those who of their own free will render themselves so intoxicated as to pose a threat to other members of the community" (p. 114).

[34] Less than a year after *Daviault*, Parliament enacted s. 33.1 *Cr. C.* to ensure that "intoxication may never be used as a defence against general intent violent crimes such as sexual assault and assault" (*House of Commons Debates*, vol. 133, 1st Sess., 35th Parl., June 22, 1995, at p. 14470). The section reads as follows:

33.1 (1) [When defence not available] It is not a defence to an offence referred to in subsection (3) that the accused, by reason of self-induced intoxication, lacked the general intent or the voluntariness required to commit the offence, where the accused departed markedly from the standard of care as described in subsection (2).

(2) [Criminal fault by reason of intoxication] For the purposes of this section, a person departs markedly from the standard of reasonable care generally

très minime est requis pour l'infraction d'agression sexuelle enfreint la *Charte* d'une manière tellement draconienne et tellement contraire aux principes de justice fondamentale qu'il ne peut être justifié en vertu de l'article premier de la *Charte* » (*ibid.*). L'arrêt *Daviault* a ainsi mis de côté la règle de l'arrêt *Leary* et a établi le principe que les accusés qui se trouvent, au moment de commettre un geste constituant une infraction d'intention générale, dans un « état voisin de l'automatisme ou de l'aliénation mentale » sont juridiquement admis à soulever un doute raisonnable quant à l'élément moral requis (p. 100).

[33] L'arrêt *Daviault* a fait l'objet d'une forte dissidence rédigée par le juge Sopinka. À son avis, aucune raison ne justifiait l'abandon de la règle de l'arrêt *Leary* puisque l'application de celle-ci ne libérerait pas le ministère public de son obligation de prouver « l'existence d'une *mens rea* ou tout autre élément de l'infraction d'agression sexuelle qui est exigé par les principes de justice fondamentale » (p. 115). Le bien-fondé de la règle de l'arrêt *Leary* lui apparaissait également renforcé par de fortes considérations d'ordre public, notamment le droit d'une société « de punir ceux qui, de leur plein gré, s'intoxiquent à un point tel qu'ils constituent une menace pour les autres membres de leur collectivité » (p. 114).

[34] Moins d'un an après la publication de l'arrêt *Daviault*, le Parlement a adopté l'art. 33.1 *C. cr.* afin que « l'intoxication ne puisse jamais être invoquée en défense à l'égard des crimes violents d'intention générale, par exemple, l'agression sexuelle et les voies de fait » (*Débats de la Chambre des communes*, vol. 133, 1^{re} sess., 35^e lég., 22 juin 1995, p. 14470). Cette disposition énonce :

33.1 (1) [Non-application du moyen de défense] Ne constitue pas un moyen de défense à une infraction visée au paragraphe (3) le fait que l'accusé, en raison de son intoxication volontaire, n'avait pas l'intention générale ou la volonté requise pour la perpétration de l'infraction, dans les cas où il s'écarte de façon marquée de la norme de diligence énoncée au paragraphe (2).

(2) [Responsabilité criminelle en raison de l'intoxication] Pour l'application du présent article, une personne s'écarte de façon marquée de la norme de

recognized in Canadian society and is thereby criminally at fault where the person, while in a state of self-induced intoxication that renders the person unaware of, or incapable of consciously controlling, their behaviour, voluntarily or involuntarily interferes or threatens to interfere with the bodily integrity of another person.

(3) [Application] This section applies in respect of an offence under this Act or any other Act of Parliament that includes as an element an assault or any other interference or threat of interference by a person with the bodily integrity of another person.

[35] In a general sense, the appellant can reasonably argue that Parliament implicitly endorsed Sopinka J.'s dissent in *Daviault* by enacting s. 33.1 *Cr. C.* However, the enactment of that provision did not revive the *Leary* rule. It did not actually codify the position taken by the dissenting judges in *Daviault*; rather, it limited the scope of the rule stated by the majority. This means that the principles set out in *Daviault* still represent the state of the law in Canada, subject, of course, to the significant restriction set out in s. 33.1 *Cr. C.* *Daviault* would still apply today, for example, to enable an accused charged with a property offence to plead extreme intoxication. Indeed, the fact that the appellant was acquitted at trial on the charges against him under ss. 348(1)(a) and 463 *Cr. C.* affords an eloquent example of this.

[36] This being said, the appellant is right to say that s. 33.1 *Cr. C.* should not be interpreted so as to limit the scope of s. 16 *Cr. C.* Intoxication and insanity are two distinct legal concepts. As defences to criminal charges, they have different logics and each of them is governed by its own principles.

[37] First of all, it is important to understand that the application of s. 16 *Cr. C.* and that of s. 33.1 *Cr. C.* are mutually exclusive. For s. 33.1 *Cr. C.* to apply, the court must reach a conclusion in law that

diligence raisonnable généralement acceptée dans la société canadienne et, de ce fait, est criminellement responsable si, alors qu'elle est dans un état d'intoxication volontaire qui la rend incapable de se maîtriser consciemment ou d'avoir conscience de sa conduite, elle porte atteinte ou menace de porter atteinte volontairement ou involontairement à l'intégrité physique d'autrui.

(3) [Infractions visées] Le présent article s'applique aux infractions créées par la présente loi ou toute autre loi fédérale dont l'un des éléments constitutifs est l'atteinte ou la menace d'atteinte à l'intégrité physique d'une personne, ou toute forme de voies de fait.

[35] De façon générale, l'appellant peut arguer raisonnablement que le Parlement, en adoptant l'art. 33.1 *C. cr.*, a endossé implicitement la dissidence du juge Sopinka dans l'arrêt *Daviault*. Toutefois, l'adoption de cette disposition n'a pas ressuscité la règle de l'arrêt *Leary*. Cette disposition législative n'a effectivement pas codifié la position des juges dissidents dans l'arrêt *Daviault*; elle a plutôt restreint la portée de la règle énoncée par l'opinion majoritaire. En conséquence, les principes énoncés dans l'arrêt *Daviault* constituent toujours l'état du droit au Canada, sous réserve bien sûr de l'importante restriction imposée par l'art. 33.1 *C. cr.* Encore aujourd'hui, l'arrêt *Daviault* permettrait, par exemple, à un accusé de soulever une défense d'intoxication extrême à l'encontre d'un chef d'accusation portant sur une infraction contre la propriété. L'acquiescement de l'appellant en première instance relativement aux chefs d'accusation déposés en vertu de l'al. 348(1)a) et de l'art. 463 *C. cr.* en fournit d'ailleurs un exemple éloquent.

[36] Ceci étant dit, l'appellant a raison d'affirmer que l'art. 33.1 *C. cr.* ne devrait pas être interprété de manière à limiter la portée de l'art. 16 *C. cr.* L'intoxication et l'aliénation mentale demeurent deux concepts juridiques distincts. En tant que défenses à des accusations criminelles, elles répondent à des logiques différentes et sont régies par des principes qui leur sont propres.

[37] En premier lieu, il importe de comprendre que l'application des art. 16 et 33.1 *C. cr.* est mutuellement exclusive. En effet, l'application de l'art. 33.1 *C. cr.* dépend de la conclusion juridique

the accused lacked the general intent or the voluntariness required to commit the offence *by reason of self-induced intoxication*. The absence of this intent or voluntariness would then preclude a finding that the incapacity of the accused was caused by a disease of the mind (*R. v. Huppie*, 2008 ABQB 539 (CanLII), at para. 21). Conversely, the fact that an accused was intoxicated at the material time cannot support a finding that s. 33.1 *Cr. C.* applies if the accused establishes that he or she was incapable of appreciating the nature and quality of his or her acts *by reason of a mental disorder*.

[38] This general principle does not seem particularly contentious. If the accused was intoxicated and in a psychotic condition at the material time, the problem the court faces is to identify a specific source for his or her mental condition, namely self-induced intoxication or a disease of the mind, and determine whether it falls within the scope of s. 33.1 or s. 16 *Cr. C.* This appears to be all the more difficult to do in cases in which the mental health of the accused was already precarious prior to the incident in question, even if his or her problems had not yet been diagnosed at the time, and in which the psychosis emerged while the accused was highly intoxicated. Yet this identification of the source of the psychosis plays a key role, since it will ultimately determine whether the accused will be held criminally responsible for his or her actions.

[39] The law, as it now stands, includes a fairly general framework for resolving this difficult question. The starting point must be the legal concept of “disease of the mind” as defined by Dickson J. in *Cooper*, the leading case:

In summary, one might say that in a legal sense “disease of the mind” embraces any illness, disorder or abnormal condition which impairs the human mind and its functioning, excluding however, self-induced states caused by alcohol or drugs, as well as transitory mental states such as hysteria or concussion. [Emphasis added; p. 1159.]

[40] There is of course some correlation between “self-induced states caused by alcohol or drugs”,

que l'accusé n'avait pas l'intention générale ou la volonté requise pour la perpétration de l'infraction *en raison de son intoxication volontaire*. L'absence de cette intention ou volonté empêche alors de conclure que la cause de son incapacité ait été une maladie mentale (*R. c. Huppie*, 2008 ABQB 539 (CanLII), par. 21). À l'inverse, un tribunal ne peut conclure à l'application de l'art. 33.1 *C. cr.* lorsqu'un accusé établit qu'il était incapable de juger de la nature et de la qualité de ses actes *en raison d'un trouble mental*, et ce, même s'il était intoxiqué au moment des faits.

[38] Ce principe général ne semble pas particulièrement litigieux. Dans un contexte où l'accusé était intoxiqué et plongé dans un état psychotique au moment des faits, les tribunaux rencontrent plutôt la difficulté de rattacher sa condition mentale à une source particulière, l'intoxication volontaire ou la maladie mentale, et de la situer dans le champ d'application de l'art. 33.1 ou dans celui de l'art. 16 *C. cr.* La question apparaît d'autant plus délicate dans les cas où la santé mentale du prévenu se trouvait déjà précaire avant l'incident en cause, même si le diagnostic de ses problèmes n'avait pas encore été fait à ce moment, et où la psychose s'est manifestée à l'occasion d'une forte intoxication. Cette identification de la source d'une psychose revêt pourtant une importance cruciale puisqu'elle déterminera ultimement si l'accusé sera tenu criminellement responsable de ses gestes.

[39] L'état actuel du droit fournit un cadre plutôt général pour résoudre cette délicate question. Il faut partir de la notion juridique de la maladie mentale dans l'arrêt *Cooper*, qui constitue la décision de référence, où le juge Dickson a défini ainsi le concept de « maladie mentale » :

En bref, on pourrait dire qu'au sens juridique, « maladie mentale » comprend toute maladie, tout trouble ou tout état anormal qui affecte la raison humaine et son fonctionnement à l'exclusion, toutefois, des états volontairement provoqués par l'alcool ou les stupéfiants, et des états mentaux transitoires comme l'hystérie ou la commotion. [Je souligne; p. 1159.]

[40] Certes, il existe assurément une correspondance entre les « états volontairement provoqués

which the Court, in *Cooper*, excluded from the definition of the legal concept of “disease of the mind” for the purposes of s. 16 *Cr. C.*, and the states of intoxication now covered by s. 33.1 *Cr. C.* However, where an accused raises a defence of mental disorder, it is important that the legal analysis of the situation follow a logical order. The court must not begin its analysis by considering whether the mental condition of the accused at the material time is covered by s. 33.1 *Cr. C.* Such an approach would reverse the steps of the appropriate analytical process and disregard the nature of the defence raised by the accused. And as a result of it, the legal characterization exercise required by s. 16 *Cr. C.* would depend on the interpretation of the concept of causation in issue in s. 33.1 *Cr. C.* The court must instead consider the specific principles that govern the insanity defence in order to determine whether s. 16 *Cr. C.* is applicable. If that defence does not apply, the court can then consider whether s. 33.1 *Cr. C.* is applicable if it is appropriate to do so on the facts of the case.

[41] These observations, which are necessary to broadly delineate the respective scopes of ss. 16 and 33.1 *Cr. C.*, do not dispose of the appellant’s main argument regarding the actual content of the insanity defence. The appellant submits that *Cooper*’s exclusion of “self-induced states caused by alcohol or drugs” applies only to the normal effects of intoxication (transcript, at p. 20). In this context, what remains to be determined is whether a toxic psychosis that results exclusively from a state of intoxication, which the appellant views as an “abnormal effect” of intoxication, constitutes a “mental disorder” for the purposes of s. 16 *Cr. C.* or is excluded by *Cooper*.

[42] It is therefore necessary to take a closer look at the scope of *Cooper*’s exclusion of “self-induced states caused by alcohol or drugs” from the ambit of s. 16 *Cr. C.* I will come back to this later. For now, I wish to point out that the appellant’s criticism of the Court of Appeal’s position on the interplay between ss. 16 and 33.1 *Cr. C.* is unfounded.

par l’alcool ou les stupéfiants », que l’arrêt *Cooper* exclut de la définition du concept juridique de maladie mentale pour l’application de l’art. 16 *C. cr.*, et les états d’intoxication que vise maintenant l’art. 33.1 *C. cr.* Cependant, lorsqu’un accusé présente une défense de troubles mentaux, il importe d’effectuer l’analyse juridique de la situation dans un ordre logique. Les tribunaux ne doivent pas entamer leur analyse en recherchant si la condition mentale dans laquelle se trouvait l’accusé au moment des faits est visée par l’art. 33.1 *C. cr.* Une telle approche inverserait les étapes du processus analytique approprié. De plus, elle négligerait la nature de la défense présentée par l’accusé. Enfin, elle rendrait l’exercice de qualification juridique nécessaire à l’application de l’art. 16 *C. cr.* tributaire de l’interprétation de la notion de causalité contenue dans l’art. 33.1 *C. cr.* Les tribunaux doivent plutôt examiner l’applicabilité de l’art. 16 *C. cr.* dans la perspective des principes spécifiques qui régissent la défense d’aliénation mentale. Si cette dernière ne trouve pas application, et si les faits du dossier s’y prêtent, on pourra alors examiner l’applicabilité de l’art. 33.1 *C. cr.*

[41] Ces observations nécessaires pour délimiter généralement les champs d’application respectifs des art. 16 et 33.1 *C. cr.* ne déterminent pas le sort du moyen principal soulevé par l’appelant en l’espèce à l’égard du contenu même de la défense d’aliénation mentale. En effet, celui-ci affirme que l’exclusion visant les « états volontairement provoqués par l’alcool ou les stupéfiants » établie dans l’arrêt *Cooper* ne s’applique qu’aux effets normaux de l’intoxication (transcription, p. 20). Dans ce contexte, il reste à déterminer si une psychose toxique qui résulte exclusivement d’un état d’intoxication, conceptualisée par l’appelant comme un « effet anormal » de l’intoxication, constitue un « troubl[e] menta[l] » pour l’application de l’art. 16 *C. cr.* ou si elle demeure exclue par l’arrêt *Cooper*.

[42] Il faut donc examiner de plus près la portée de l’exclusion, établie par l’arrêt *Cooper*, des « états volontairement provoqués par l’alcool ou les stupéfiants » du champ d’application de l’art. 16 *C. cr.* J’y reviendrai plus loin. Dans l’immédiat, je veux souligner que la critique formulée par l’appelant à l’encontre de la position de la Cour d’appel sur

Contrary to the appellant's assertion, Thibault J.A. did not infer that s. 33.1 *Cr. C.* limits the scope of the defence of mental disorder provided for in s. 16 *Cr. C.* She stated clearly that no overlap is possible in the application of these provisions and simply concluded that, as the law stands in Canada, [TRANSLATION] "an accused suffering from a psychosis caused by the consumption of drugs in circumstances analogous to the ones in the case before us" cannot be found to have a disease of the mind for the purposes of s. 16 *Cr. C.* (para. 77). After noting that the appellant had to be considered from a legal standpoint to have been *intoxicated* at the material time, Thibault J.A. added that the appellant's argument was an indirect way to avoid the application of s. 33.1 *Cr. C.*

[43] Thus, the fundamental issue at this point is whether the Court of Appeal erred in law in holding that s. 33.1 *Cr. C.* was applicable in this case rather than s. 16 *Cr. C.* To resolve it, I must consider the legal principles and judicial policy considerations that underlie the interpretation and application of the defence provided for in s. 16 *Cr. C.*

C. Defence Provided for in Section 16 Cr. C.: An Exception to the General Principle of Criminal Responsibility

[44] The defence of not criminally responsible on account of mental disorder, which Parliament codified in s. 16 *Cr. C.*, addresses concerns that are very legitimate in a democratic society. Insofar as the principles governing this defence are properly applied, a verdict of not criminally responsible on account of mental disorder protects the integrity of our country's criminal justice system and the collective interest in ensuring respect for its fundamental principles. A review of the fundamental principles of criminal law that underlie the defence of mental disorder confirms the importance of this defence in Canadian criminal law.

l'interaction entre les art. 16 et 33.1 *C. cr.* n'est pas fondée. Contrairement à ce qu'allègue l'appelant, la juge Thibault n'a jamais inféré que l'art. 33.1 *C. cr.* limitait la portée de la défense de troubles mentaux prévue à l'art. 16 *C. cr.* Ses motifs affirment clairement qu'il n'existe aucun chevauchement possible dans l'application de ces dispositions. La juge Thibault a simplement conclu que l'état du droit au Canada ne permettait pas de considérer qu'« un accusé souffrant d'une psychose causée par la consommation de drogues dans des circonstances analogues à celles présentées dans le dossier » était atteint d'une maladie mentale au sens de l'art. 16 *C. cr.* (par. 77). Après avoir souligné que l'appelant devait juridiquement être considéré comme *intoxiqué* au moment des faits, la juge Thibault a ajouté que l'argumentation de l'appelant constituait un moyen détourné d'échapper à l'application de l'art. 33.1 *C. cr.*

[43] L'enjeu fondamental de cette partie du débat consiste donc à déterminer si la cour a commis une erreur de droit en concluant en l'espèce à l'application de l'art. 33.1 *C. cr.* plutôt qu'à celle de l'art. 16 *C. cr.* Pour ce faire, je devrai examiner les principes juridiques et les considérations de politique judiciaire qui sous-tendent l'interprétation et l'application de la défense prévue à l'art. 16 *C. cr.*

C. La défense prévue à l'art. 16 C. cr. : une exception au principe général de l'imputabilité pénale

[44] La défense de non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux, que le Parlement canadien a codifiée à l'art. 16 *C. cr.*, répond à des préoccupations fort légitimes dans une société démocratique. Lorsqu'il repose sur une application adéquate des principes qui régissent cette défense, un verdict de non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux protège l'intégrité du système de justice pénale de notre pays et l'intérêt collectif au respect de ses principes fondamentaux. Le rappel des principes fondamentaux de droit pénal qui sous-tendent la défense de troubles mentaux confirme l'importance de cette dernière en droit criminel canadien.

[45] According to a traditional fundamental principle of the common law, criminal responsibility can result only from the commission of a voluntary act. This important principle is based on a recognition that it would be unfair in a democratic society to impose the consequences and stigma of criminal responsibility on an accused who did not voluntarily commit an act that constitutes a criminal offence.

[46] For an act to be considered voluntary in the criminal law, it must be the product of the accused person's free will. As Taschereau J. stated in *R. v. King*, [1962] S.C.R. 746, "there can be no *actus reus* unless it is the result of a willing mind at liberty to make a definite choice or decision, or in other words, there must be a willpower to do an act whether the accused knew or not that it was prohibited by law" (p. 749). This means that no one can be found criminally responsible for an involuntary act (see Dickson J.'s dissenting reasons in *Rabey v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 513, which were endorsed on this point in *R. v. Parks*, [1992] 2 S.C.R. 871).

[47] An individual's will is expressed through conscious control exerted by the individual over his or her body (*Perka v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 232, at p. 249). The control may be physical, in which case voluntariness relates to the muscle movements of a person exerting physical control over his or her body. The exercise of a person's will may also involve moral control over actions the person wants to take, in which case a voluntary act is a carefully thought out act that is performed freely by an individual with at least a minimum level of intelligence (see H. Parent, *Responsabilité pénale et troubles mentaux: Histoire de la folie en droit pénal français, anglais et canadien* (1999), at pp. 266-71). Will is also a product of reason.

[48] The moral dimension of the voluntary act, which this Court recognized in *Perka*, thus reflects the idea that the criminal law views individuals as autonomous and rational beings. Indeed, this idea

[45] En effet, une règle traditionnelle et fondamentale de common law subordonne l'imputabilité en matière pénale à la commission d'un acte volontaire par l'accusé. Cet important principe reconnaît qu'il serait injuste, dans une société démocratique, d'infliger les conséquences et les stigmates de la responsabilité pénale à un prévenu qui n'a pas accompli volontairement un acte constituant une infraction pénale.

[46] Pour qu'un acte soit considéré comme volontaire en droit pénal, il doit nécessairement être le produit de la volonté libre de l'accusé. Comme le juge Taschereau l'a affirmé dans l'arrêt *R. c. King*, [1962] R.C.S. 746, [TRADUCTION] « il ne peut y avoir d'*actus reus* à moins qu'il ne résulte d'un esprit apte à former une intention et libre de faire un choix ou de prendre une décision bien déterminée ou, autrement dit, il doit y avoir une volonté d'accomplir un acte, que l'accusé ait su ou non qu'il était prohibé par la loi » (p. 749). Cela signifie qu'un acte involontaire ne peut engager la responsabilité pénale de son auteur (voir les motifs dissidents du juge Dickson dans l'arrêt *Rabey c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 513, tels qu'endossés sur ce point dans l'arrêt *R. c. Parks*, [1992] 2 R.C.S. 871).

[47] La volonté d'un individu se manifeste par le contrôle conscient qu'il exerce sur son corps (*Perka c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 232, p. 249). La nature de ce contrôle peut être physique, auquel cas l'acte volontaire réfère aux mouvements musculaires effectués par une personne qui exerce un contrôle matériel sur son corps. L'exercice de la volonté peut également procéder du contrôle moral qu'une personne exerce sur les gestes qu'elle désire accomplir. Dans un tel cas, l'acte volontaire correspond à un geste commis de façon libre et réfléchie par un individu doué d'une intelligence minimale (voir H. Parent, *Responsabilité pénale et troubles mentaux : Histoire de la folie en droit pénal français, anglais et canadien* (1999), p. 266-271). La volonté est aussi un produit de la raison.

[48] La dimension morale de l'acte volontaire, que notre Cour a reconnue dans l'arrêt *Perka*, renvoie ainsi à cette conception selon laquelle le droit criminel considère les individus comme des êtres

can be seen as the cornerstone of the principles governing the attribution of criminal responsibility (L. Alexander and K. K. Ferzan with contributions by S. J. Morse, *Crime and Culpability: A Theory of Criminal Law* (2009), at p. 155). When considered from this perspective, human behaviour will trigger criminal responsibility only if it results from a “true choice” or from the person’s “free will”. This principle signals the importance of autonomy and reason in the system of criminal responsibility. As the Court noted in *R. v. Ruzic*, 2001 SCC 24, [2001] 1 S.C.R. 687:

The treatment of criminal offenders as rational, autonomous and choosing agents is a fundamental organizing principle of our criminal law. Its importance is reflected not only in the requirement that an act must be voluntary, but also in the condition that a wrongful act must be intentional to ground a conviction. . . . Like voluntariness, the requirement of a guilty mind is rooted in respect for individual autonomy and free will and acknowledges the importance of those values to a free and democratic society . . . Criminal liability also depends on the capacity to choose — the ability to reason right from wrong. [Emphasis added; citation omitted; para. 45.]

[49] This essential basis for attributing criminal responsibility thus gives rise to a presumption that each individual can distinguish right from wrong. The criminal law relies on a presumption that every person is an autonomous and rational being whose acts and omissions can attract liability. This presumption is not absolute, however: it can be rebutted by proving that the accused did not at the material time have the level of autonomy or rationality required to attract criminal liability. Thus, criminal responsibility will not be imposed if the accused gives an excuse for his or her act that is accepted in our society, in which there is “a fundamental conviction that criminal responsibility is appropriate only where the actor is a discerning moral agent, capable of making choices between right and wrong” (*R. v. Chaulk*, [1990] 3 S.C.R. 1303, at p. 1397). In *Ruzic*, the Court recognized the existence of a principle of fundamental justice that “only

autonomes et rationnels. Cette conception peut d’ailleurs être vue comme la pierre angulaire des principes de l’imputation de la responsabilité pénale (L. Alexander et K. K. Ferzan avec la contribution de S. J. Morse, *Crime and Culpability: A Theory of Criminal Law* (2009), p. 155). Envisagé sous cet angle, un comportement humain n’entraîne la responsabilité pénale que lorsqu’il représente le produit d’un « choix véritable » ou du « libre arbitre » de son auteur. Ce principe illustre toute l’importance que revêtent l’autonomie et la raison au sein du régime de responsabilité pénale. Comme le rapportait la Cour dans l’arrêt *R. c. Ruzic*, 2001 CSC 24, [2001] 1 R.C.S. 687 :

Un principe directeur fondamental de notre droit criminel veut que les auteurs d’une infraction criminelle soient considérés comme des personnes douées de raison et autonomes qui font des choix. L’importance de ce principe se reflète non seulement dans l’exigence qu’un acte soit volontaire, mais aussi dans la condition que l’acte répréhensible demeure intentionnel pour justifier une déclaration de culpabilité. [. . .] À l’instar du caractère volontaire, l’exigence d’intention coupable tient au respect de l’autonomie et du libre arbitre de l’individu et elle reconnaît l’importance de ces valeurs dans une société libre et démocratique [. . .] La responsabilité criminelle dépend également de la capacité de choisir — la capacité de distinguer le bien du mal. [Je souligne; référence omise; par. 45.]

[49] De ce fondement essentiel de l’imputation de la responsabilité pénale découle donc une présomption que chaque individu dispose de la capacité de distinguer le bien du mal. En effet, le droit pénal présume que toute personne est un être autonome et rationnel dont les actes ou les omissions sont de nature à engager sa responsabilité. Cette présomption n’est toutefois pas absolue : elle peut être repoussée par la preuve que l’accusé n’avait pas, au moment des faits reprochés, le niveau d’autonomie ou de rationalité requis pour engager sa responsabilité pénale. Le droit pénal se refuse alors à l’imputation de la responsabilité en raison d’une excuse pour le geste commis, reconnue par notre société. En effet, celle-ci entretient « la conviction fondamentale que la responsabilité criminelle n’est appropriée que lorsque l’agent est une personne douée de discernement moral, capable de choisir entre le bien et le mal » (*R. c. Chaulk*,

voluntary conduct — behaviour that is the product of a free will and controlled body, unhindered by external constraints — should attract the penalty and stigma of criminal liability” (para. 47).

[50] Insanity is an exception to the general criminal law principle that an accused is deemed to be autonomous and rational. A person suffering from a mental disorder within the meaning of s. 16 *Cr. C.* is not considered to be capable of appreciating the nature of his or her acts or understanding that they are inherently wrong. This is why Lamer C.J. stated in *Chaulk* that the insanity provisions of the *Criminal Code* “operate, at the most fundamental level, as an exemption from criminal liability which is predicated on an incapacity for criminal intent” (p. 1321 (emphasis deleted)).

[51] The logic of *Ruzic* is that it can also be said that an insane person is incapable of morally voluntary conduct. The person’s actions are not actually the product of his or her free will. It is therefore consistent with the principles of fundamental justice for a person whose mental condition at the relevant time is covered by s. 16 *Cr. C.* not to be criminally responsible under Canadian law. Convicting a person who acted involuntarily would undermine the foundations of the criminal law and the integrity of the judicial system.

[52] However, the defence of mental disorder remains unique. It does not result in acquittal of the accused, but instead leads to a verdict of not criminally responsible. That verdict triggers an administrative process whose purpose is to determine whether the accused is a significant threat to the safety of the public, to take any necessary action to control that threat and, if necessary, to provide

[1990] 3 R.C.S. 1303, p. 1397). Dans l’arrêt *Ruzic*, la Cour a d’ailleurs reconnu l’existence d’un principe de justice fondamentale selon lequel « seule la conduite volontaire — le comportement qui résulte du libre arbitre d’une personne qui a la maîtrise de son corps, en l’absence de toute contrainte extérieure — entraîne l’imputation de la responsabilité criminelle et la stigmatisation que cette dernière provoque » (par. 47).

[50] L’aliénation mentale constitue une exception au principe général de droit pénal selon lequel l’accusé est réputé être une personne autonome et rationnelle. En effet, une personne atteinte de troubles mentaux au sens de l’art. 16 *C. cr.* n’est pas considérée comme capable d’apprécier la nature de ses actes ou de comprendre que ceux-ci sont fondamentalement mauvais. Pour cette raison, dans l’arrêt *Chaulk*, le juge en chef Lamer a affirmé que les dispositions relatives à l’aliénation mentale qui sont contenues dans le *Code criminel* « agissent, au niveau le plus fondamental, comme une exemption de responsabilité pénale fondée sur l’incapacité de former une intention criminelle » (p. 1321 (soulignement omis)).

[51] En suivant la logique adoptée dans l’arrêt *Ruzic*, il est également possible d’affirmer qu’une personne souffrant d’aliénation mentale est incapable d’agir volontairement sur le plan moral. Les gestes qu’elle accomplit ne résultent effectivement pas de son libre arbitre. C’est donc en conformité avec les principes de justice fondamentale que le droit canadien écarte la responsabilité pénale d’une personne dont la condition mentale au moment des faits est visée par l’art. 16 *C. cr.* Le fait de condamner une personne qui agit de façon involontaire ébranlerait les fondements du droit criminel et porterait atteinte à l’intégrité du système judiciaire.

[52] La défense de troubles mentaux conserve cependant une nature singulière. Elle ne conduit pas à l’acquittement de l’accusé, mais plutôt à un verdict de non-responsabilité criminelle. Ce dernier vise alors à engager l’application d’un processus administratif destiné à déterminer si l’accusé représente un risque important pour la sécurité du public, à prendre les mesures nécessaires pour

the accused with appropriate care. A verdict of not criminally responsible on account of mental disorder thus gives effect to society's interest in ensuring that morally innocent offenders are treated rather than punished, while protecting the public as fully as possible.

[53] An accused who is found not criminally responsible becomes subject to the scheme established in Part XX.1 of the *Criminal Code*. Parliament adopted the current scheme after this Court had held in *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933, that a *Criminal Code* provision requiring the automatic and indeterminate detention of an accused found not criminally responsible violated the right to liberty guaranteed by s. 7 of the *Charter*. In *Winko v. British Columbia (Forensic Psychiatric Institute)*, [1999] 2 S.C.R. 625, McLachlin J. (as she then was) explained the principles underlying the application of Part XX.1 of the *Criminal Code* as follows:

In summary, the purpose of Part XX.1 is to replace the common law regime for the treatment of those who offend while mentally ill with a new approach emphasizing individualized assessment and the provision of opportunities for appropriate treatment. Under Part XX.1, the NCR accused is neither convicted nor acquitted. Instead, he or she is found not criminally responsible by reason of illness at the time of the offence. This is not a finding of dangerousness. It is rather a finding that triggers a balanced assessment of the offender's possible dangerousness and of what treatment-associated measures are required to offset it. Throughout the process the offender is to be treated with dignity and accorded the maximum liberty compatible with Part XX.1's goals of public protection and fairness to the NCR accused. [Emphasis added; para. 43.]

[54] With these general considerations in mind, I will now review the conditions that must be met for s. 16 *Cr. C.* to apply in order to determine, in particular, whether those conditions are met in this case. After this review, I will consider issues

contrôler ce risque et, le cas échéant, à lui prodiguer les soins nécessaires. Un verdict de non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux donne ainsi effet au vœu sociétal de traiter, plutôt que de punir, un contrevenant moralement innocent, tout en assurant la protection du public le plus adéquatement possible.

[53] En effet, un accusé déclaré non criminellement responsable devient assujéti au régime mis en place par la partie XX.1 du *Code criminel*. Le régime actuel a été adopté par le Parlement après que notre Cour a jugé, dans l'arrêt *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933, que la disposition du *Code criminel* prévoyant la détention automatique pendant une période indéterminée de l'accusé déclaré non criminellement responsable contrevenait au droit à la liberté garanti par l'art. 7 de la *Charte*. Dans l'arrêt *Winko c. Colombie-Britannique (Forensic Psychiatric Institute)*, [1999] 2 R.C.S. 625, la juge McLachlin (maintenant Juge en chef) a exposé ainsi les principes qui sous-tendent l'application de la partie XX.1 du *Code criminel* :

En résumé, l'objet de la partie XX.1 vise à remplacer le système établi en common law pour le traitement des personnes qui commettent des infractions alors qu'elles sont atteintes de troubles mentaux par un nouveau régime qui met l'accent sur l'évaluation individuelle et fournit la possibilité de recevoir un traitement approprié. Sous le régime de la partie XX.1, l'accusé non responsable criminellement n'est ni déclaré coupable ni acquitté. Le tribunal le déclare plutôt non criminellement responsable en raison des troubles mentaux dont il était atteint au moment de l'infraction. Il ne conclut pas à l'existence d'un danger potentiel, mais rend plutôt une décision qui entraîne l'évaluation pondérée du risque que peut représenter le contrevenant et la détermination des mesures thérapeutiques qui s'imposent à cet égard. Tout au long du processus, le contrevenant doit être traité avec dignité et jouir du maximum de liberté possible, compte tenu des objectifs de la partie XX.1, qui sont de protéger le public et de traiter équitablement l'accusé non responsable criminellement. [Je souligne; par. 43.]

[54] À la lumière de ces considérations générales, j'étudierai maintenant les conditions d'application de l'art. 16 *C. cr.* afin notamment de déterminer si celles-ci sont remplies en l'espèce. Cette étude permettra l'examen des problèmes spécifiquement

related specifically to toxic psychoses that result from a state of self-induced intoxication.

D. Requirements of the Defence of Not Criminally Responsible on Account of Mental Disorder

[55] Section 16(2) *Cr. C.* provides that “[e]very person is presumed not to suffer from a mental disorder so as to be exempt from criminal responsibility”. An accused who seeks to avoid criminal responsibility on this ground must prove on a balance of probabilities that, at the material time, he or she was suffering from “a mental disorder that rendered the person incapable of appreciating the nature and quality of the act or omission or of knowing that it was wrong” (s. 16(1) *Cr. C.*). In *Chaulk*, this Court held that imposing this burden of proof on the accused infringed the presumption of innocence guaranteed by s. 11(d) of the *Charter* but that this was nonetheless a reasonable limit on that presumption in a free and democratic society.

[56] An accused who wishes to successfully raise the defence of mental disorder must therefore meet the requirements of a two-stage statutory test. The first stage involves *characterizing* the mental state of the accused. The key issue to be decided at trial at this stage is whether the accused was suffering from a mental disorder in the legal sense at the time of the alleged events. The second stage of the defence provided for in s. 16 *Cr. C.* concerns the *effects of the mental disorder*. At this stage, it must be determined whether, owing to his or her mental condition, the accused was incapable of “knowing that [the act or omission] was wrong” (s. 16(1) *Cr. C.*).

[57] In the instant case, it is not in dispute that the appellant was incapable of distinguishing right from wrong at the material time. The trial judge wrote that [TRANSLATION] “[a]t the time the criminal acts were committed, the accused did not realize what he was doing and was in a serious psychotic condition; there is no real dispute about this” (para. 2). Therefore, the only issue in this appeal is

liés aux psychoses toxiques qui résultent d’un état d’intoxication volontaire.

D. Les conditions d’application de la défense de non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux

[55] Le paragraphe 16(2) *C. cr.* dispose que « [c]hacun est présumé ne pas avoir été atteint de troubles mentaux de nature à ne pas engager sa responsabilité criminelle ». Lorsqu’un accusé souhaite échapper à sa responsabilité criminelle pour ce motif, il lui appartient de prouver selon la balance des probabilités qu’il était, au moment des faits reprochés, atteint de « troubles mentaux qui [le] rendaient incapable de juger de la nature et de la qualité de l’acte ou de l’omission, ou de savoir que l’acte ou l’omission était mauvais » (par. 16(1) *C. cr.*). Dans l’arrêt *Chaulk*, notre Cour a statué que ce fardeau de preuve imposé à l’accusé violait la présomption d’innocence garantie par l’al. 11d) de la *Charte*, mais qu’il constituait néanmoins une limite raisonnable à celle-ci dans une société libre et démocratique.

[56] L’accusé qui souhaite présenter avec succès une défense de troubles mentaux doit ainsi satisfaire aux exigences d’un test en deux étapes, d’origine législative. La première étape concerne la *qualification* de l’état mental de l’accusé. La question cruciale à trancher au procès est alors de savoir si l’accusé souffrait de troubles mentaux au sens juridique au moment des faits reprochés. La deuxième étape de la défense prévue à l’art. 16 *C. cr.* porte sur les *effets des troubles mentaux*. On doit alors décider si la condition mentale de l’accusé le rendait incapable de « savoir que l’acte ou l’omission était mauvais » (par. 16(1) *C. cr.*).

[57] En l’espèce, il n’est pas contesté que l’appellant était incapable de distinguer le bien du mal au moment des faits. Le juge de première instance a écrit qu’« [a]u moment où les gestes criminels ont été posés, l’accusé ne réalisait pas ce qu’il faisait et était dans un état de psychose sérieux; il n’y a pas de contestation réelle sur cette question » (par. 2). Le seul enjeu du pourvoi se limite donc à déterminer

whether the psychosis resulted from a “mental disorder” within the meaning of s. 16 *Cr. C.*

(1) Incapacity Must Result From a Disease of the Mind

[58] The *Criminal Code* does not contain a precise definition of the “mental disorder” concept for the purposes of s. 16 *Cr. C.* Section 2 *Cr. C.* simply provides that the term “mental disorder” means “a disease of the mind” (“*toute maladie mentale*” in French). Because of the circular nature of this definition, the courts have had to gradually delineate this legal concept over time.

[59] The line of authority based on *Cooper* clearly confirms that the scope of the legal concept of “mental disorder” is very broad. In *Cooper*, Dickson J. stated that the “disease of the mind” concept includes “any illness, disorder or abnormal condition which impairs the human mind and its functioning” (p. 1159). In *Rabey*, Dickson J. explained that “the concept is broad, embracing mental disorders of organic and functional origin, whether curable or incurable, temporary or not, recurring or non-recurring” (p. 533). While it must be borne in mind that a verdict of not criminally responsible triggers a special mechanism for the management of the accused, the inclusive nature of the definition of “mental disorder” can be explained in particular by Parliament’s wish to give the public a high level of protection from persons who could be a threat to others (J. Barrett and R. Shandler, *Mental Disorder in Canadian Criminal Law* (loose-leaf), at p. 4-12).

[60] The “mental disorder” concept continues to evolve, which means that it can be adapted continually to advances in medical science (*R. v. Simpson* (1977), 35 C.C.C. (2d) 337 (Ont. C.A.)). As a result, it will undoubtedly never be possible to define and draw up an exhaustive list of the mental conditions that constitute “disease[s] of the mind” within the meaning of s. 2 *Cr. C.* As Martin J.A., writing for the Ontario Court of Appeal, stated in *R. v. Rabey* (1977), 17 O.R. (2d) 1, this concept “is not capable of precise definition” (p. 12). It is thus

si cette psychose résulte d’un « troubl[e] menta[l] » au sens de l’art. 16 *C. cr.*

(1) L’incapacité doit découler d’une maladie de l’esprit

[58] Le *Code criminel* ne contient aucune définition précise de la notion de « troubl[e] menta[l] » pour l’application de l’art. 16 *C. cr.* L’article 2 *C. cr.* prévoit simplement qu’un trouble mental est un terme qui englobe « [t]oute maladie mentale » (« *disease of the mind* » en anglais). En raison de cette définition circulaire, les tribunaux ont dû définir graduellement les contours de ce concept juridique.

[59] La jurisprudence découlant de l’arrêt *Cooper* confirme clairement la portée très large du concept juridique de « trouble mental ». Dans cette décision, le juge Dickson a mentionné que le concept de maladie mentale comprend « toute maladie, tout trouble ou tout état anormal qui affecte la raison humaine et son fonctionnement » (p. 1159). Dans l’arrêt *Rabey*, le juge Dickson a précisé que « [l]e concept est vaste : il englobe des troubles mentaux d’origine organique et fonctionnelle, guérissables ou non, temporaires ou non, susceptibles de se répéter ou non » (p. 533). En gardant à l’esprit qu’un verdict de non-responsabilité criminelle déclenche un mécanisme spécial de prise en charge de l’accusé, le caractère englobant de la définition des « troubles mentaux » peut notamment s’expliquer par le niveau élevé de protection que le législateur a souhaité conférer à la population contre les personnes qui peuvent représenter un danger pour autrui (J. Barrett et R. Shandler, *Mental Disorder in Canadian Criminal Law* (feuilles mobiles), p. 4-12).

[60] Le concept de « troubles mentaux » demeure évolutif. Ce caractère permet une adaptation continue aux progrès de la science médicale (*R. c. Simpson* (1977), 35 C.C.C. (2d) 337 (C.A. Ont.)). En conséquence, il ne sera sans doute jamais possible de définir et d’énumérer de façon exhaustive les conditions mentales qui constituent une « maladie mentale » au sens de l’art. 2 *C. cr.* Comme le juge Martin l’a affirmé au nom de la Cour d’appel de l’Ontario dans l’arrêt *R. c. Rabey* (1977), 17 O.R. (2d) 1, ce concept [TRADUCTION] « ne peut être

flexible enough to apply to any mental condition that, according to medical science in its current or future state, is indicative of a disorder that impairs the human mind or its functioning, and the recognition of which is compatible with the policy considerations that underlie the defence provided for in s. 16 *Cr. C.*

(2) Characterizing a Mental Condition as a “Mental Disorder” Is a Legal Exercise With a Medical and Scientific Substratum

[61] For the purposes of the *Criminal Code*, “disease of the mind” is a legal concept with a medical dimension. Although medical expertise plays an essential part in the legal characterization exercise, it has long been established in positive law that whether a particular mental condition can be characterized as a “mental disorder” is a question of law to be decided by the trial judge. In a jury trial, the judge decides this question, not the jury. As Martin J.A. stated in an oft-quoted passage from *Simpson*, “[i]t is the function of the psychiatrist to describe the accused’s mental condition and how it is considered from the medical point of view. It is for the Judge to decide whether the condition described is comprehended by the term ‘disease of the mind’” (p. 350). If the judge finds as a matter of law that the mental condition of the accused is a “mental disorder”, it will ultimately be up to the jury to decide whether, on the facts, the accused was suffering from such a mental disorder at the time of the offence.

[62] Thus, the trial judge is not bound by the medical evidence, since medical experts generally take no account of the policy component of the analysis required by s. 16 *Cr. C.* (*Parks*, at pp. 899-900). Moreover, an expert’s opinion on the legal issue of whether the mental condition of the accused constitutes a “mental disorder” within the meaning of the *Criminal Code* has “little or no evidentiary value” (*R. v. Luedecke*, 2008 ONCA 716, 269 O.A.C. 1, at para. 113).

défini avec précision » (p. 12). Ainsi, la portée de ce concept reste suffisamment flexible pour s’appliquer à toute condition mentale qui, selon l’état actuel ou futur de la science médicale, traduit un trouble de la raison humaine ou de son fonctionnement, et dont la reconnaissance s’harmonise avec les considérations d’ordre public qui sous-tendent l’application de la défense prévue à l’art. 16 *C. cr.*

(2) La qualification d’une condition mentale comme « trouble mental » est un exercice juridique lié au substrat médical et scientifique

[61] En vertu du *Code criminel*, la maladie mentale représente un concept juridique qui comprend une dimension médicale. Bien que l’expertise médicale constitue une composante essentielle de l’exercice de qualification juridique, il est acquis depuis longtemps en droit positif que la qualification d’une condition mentale comme un « trouble mental » demeure une question de droit que le juge du procès doit trancher. Dans le cas d’un procès devant jury, elle ne relève pas de ce dernier, mais du juge. Comme le juge Martin l’a rappelé dans un extrait souvent cité de l’arrêt *Simpson*, [TRADUCTION] « [i]l appartient au psychiatre de décrire l’état mental de l’accusé et d’exposer ce qu’il implique du point de vue médical. Il appartient au juge de décider si l’état décrit est compris dans l’expression “maladie mentale” » (p. 350). Lorsque le juge conclut en droit que la condition mentale de l’accusé constitue un « trouble mental », il appartient éventuellement au jury de décider si, dans les faits, ce dernier souffrait d’un tel trouble mental au moment de l’infraction.

[62] Ainsi, le juge du procès n’est pas lié par la preuve médicale puisque celle-ci ne prend généralement pas en considération les éléments d’ordre public qui font partie de l’analyse requise par l’art. 16 *C. cr.* (*Parks*, p. 899-900). De même, l’opinion d’un expert sur la question juridique de savoir si la condition mentale de l’accusé constitue un « troubl[e] menta[l] » au sens du *Code criminel* ne jouit que de [TRADUCTION] « peu ou d’aucune valeur probante » (*R. c. Luedecke*, 2008 ONCA 716, 269 O.A.C. 1, par. 113).

[63] The respective roles of the expert, the judge and the jury were summarized in *R. v. Stone*, [1999] 2 S.C.R. 290. Writing for the majority, Bastarache J. stated the following:

Taken alone, the question of what mental conditions are included in the term “disease of the mind” is a question of law. However, the trial judge must also determine whether the condition the accused claims to have suffered from satisfies the legal test for disease of the mind. This involves an assessment of the particular evidence in the case rather than a general principle of law and is thus a question of mixed law and fact. . . . The question of whether the accused actually suffered from a disease of the mind is a question of fact to be determined by the trier of fact. [Citation omitted; para. 197.]

[64] The central issue in this appeal is a question of law within the meaning of *Stone*. It is common ground that the appellant was in a psychotic condition that prevented him from distinguishing right from wrong. The main issue is whether a toxic psychosis caused exclusively by a single episode of intoxication constitutes a “mental disorder” within the meaning of s. 16 *Cr. C.*

[65] It can be seen at this point that the appellant’s position poses a serious problem. To argue that toxic psychosis must always be considered a “mental disorder” is to say that the legal characterization exercise under s. 16 *Cr. C.* depends exclusively on a medical diagnosis. If the appellant’s position were accepted, psychiatric experts would thus be responsible for determining the scope of the defence of not criminally responsible on account of mental disorder. This argument conflicts directly with this Court’s consistent case law over the past three decades and cannot succeed. It would shift the responsibility for deciding whether the accused is guilty from the judge or jury to the expert.

E. *Specific Problem of a Toxic Psychosis That Results From the Voluntary Consumption of Alcohol or Drugs*

[66] An additional reason for rejecting the appellant’s central argument has to do with the very

[63] L’arrêt *R. c. Stone*, [1999] 2 R.C.S. 290, a fait une synthèse des rôles respectifs de l’expert, du juge et du jury. S’exprimant au nom de la majorité, le juge Bastarache a affirmé que :

Prise isolément, la question de savoir quels états mentaux sont englobés par l’expression « maladie mentale » est une question de droit. Toutefois, le juge du procès doit également déterminer si l’état dans lequel l’accusé prétend s’être trouvé satisfait au critère juridique de la maladie mentale. Il lui faut alors évaluer la preuve présentée dans l’affaire dont il est saisi, au lieu d’un principe général de droit, de sorte qu’il s’agit d’une question mixte de droit et de fait. [. . .] La question de savoir si l’accusé souffrait véritablement d’une maladie mentale est une question de fait qui doit être tranchée par le juge des faits. [Référence omise; par. 197.]

[64] L’enjeu central du présent pourvoi soulève une question de droit au sens de l’arrêt *Stone*. Il n’est pas contesté en l’espèce que l’appelant se trouvait dans un état psychotique qui l’empêchait de distinguer le bien du mal. La question principale est de savoir si une psychose toxique causée exclusivement par un épisode unique d’intoxication constitue un « troub[*e*] menta[*l*] » au sens de l’art. 16 *C. cr.*

[65] À ce stade, il est possible de constater la présence d’un problème important avec la position défendue par l’appelant. L’argument voulant que toute psychose toxique doive être considérée comme un « troub[*e*] menta[*l*] » revient à affirmer que l’exercice de qualification juridique qui doit être effectué en vertu de l’art. 16 *C. cr.* dépend exclusivement d’un diagnostic médical. En conséquence, l’acceptation de la position de l’appelant conférerait aux experts en psychiatrie le soin de déterminer la portée de la défense de non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux. Cette prétention contredit directement la jurisprudence constante de notre Cour rendue au cours des trois dernières décennies et ne saurait être retenue. Elle transférerait la responsabilité de la déclaration de culpabilité du juge ou du jury à l’expert.

E. *Le problème particulier de la psychose toxique résultant d’une consommation volontaire d’alcool ou de stupéfiants*

[66] Une raison additionnelle justifiant le rejet de la prétention centrale de l’appelant concerne la

diverse reality encompassed by the term “toxic psychosis”. In the case law, this term usually refers to the symptoms of the accused as diagnosed by psychiatrists. However, medical science does not always identify the causes of toxic psychosis as precisely as is required in law. Although toxic psychosis is always related to exposure to a toxic substance, the circumstances in which it may arise can vary a great deal. This is readily apparent from a review of the case law on this point (see *R. v. Oakley* (1986), 24 C.C.C. (3d) 351 (Ont. C.A.); *R. v. Mailloux* (1985), 25 C.C.C. (3d) 171 (Ont. C.A.), aff’d [1988] 2 S.C.R. 1029; *R. v. Moroz*, 2003 ABPC 5, 333 A.R. 109; *R. v. Snelgrove*, 2004 BCSC 102 (CanLII); *R. v. Lauv*, 2004 BCSC 1093 (CanLII); *R. v. Fortin*, 2005 CanLII 6933 (C.Q.); *R. v. Paul*, 2011 BCCA 46, 299 B.C.A.C. 85).

[67] Many factors might contribute to a state of substance-induced psychosis, including the fact that symptoms of a paranoid personality disorder are active at the time drugs are taken (*Mailloux*), the combined effect of exposure to toxic vapours and a period of intense stress (*Oakley*), dependence on certain drugs, such as cocaine (*Moroz* and *Snelgrove*), heavy drug use during the days and hours leading up to the commission of the crime (*Lauv* and *Paul*), and withdrawal following a period of excessive drinking (*R. v. Malcolm* (1989), 50 C.C.C. (3d) 172 (Man. C.A.)). It seems that this diversity of circumstances can be attributed to variations in psychological makeup and psychological histories from one accused to another, as well as in the nature of the drug use that contributed to their psychoses. The quantity and toxicity of the drugs taken also seem to have a significant effect in this regard. As a result, in each new situation, the case turns on its own facts and cannot always be fitted easily into the existing case law.

[68] Because of the heterogeneous nature of the circumstances in which a toxic psychosis at the

réalité plurielle à laquelle réfère le terme « psychose toxique ». En jurisprudence, ce terme réfère habituellement aux symptômes de l'accusé tels que diagnostiqués par les psychiatres. Or, la science médicale ne cerne pas toujours les causes de la psychose toxique avec le niveau de précision requis en droit. Bien qu'elle soit toujours liée à une exposition quelconque à une substance toxique, les circonstances dans lesquelles elle peut se manifester peuvent varier considérablement. Un examen de la jurisprudence en la matière permet de percevoir aisément cette réalité (voir *R. c. Oakley* (1986), 24 C.C.C. (3d) 351 (C.A. Ont.); *R. c. Mailloux* (1985), 25 C.C.C. (3d) 171 (C.A. Ont.), conf. par [1988] 2 R.C.S. 1029; *R. c. Moroz*, 2003 ABPC 5, 333 A.R. 109; *R. c. Snelgrove*, 2004 BCSC 102 (CanLII); *R. c. Lauv*, 2004 BCSC 1093 (CanLII); *R. c. Fortin*, 2005 CanLII 6933 (C.Q.); *R. c. Paul*, 2011 BCCA 46, 299 B.C.A.C. 85).

[67] Nombre de facteurs semblent susceptibles de contribuer au déclenchement d'un trouble psychotique induit par une substance (« *substance-induced psychosis* » en anglais). Parmi ceux-ci, on constate les symptômes actifs d'un trouble de la personnalité paranoïaque au moment de consommer des stupéfiants (*Mailloux*), l'effet combiné d'une exposition à des vapeurs toxiques et d'une période de stress intense (*Oakley*), la dépendance à certaines drogues telles que la cocaïne (*Moroz* et *Snelgrove*), une consommation excessive de drogues au cours des jours et des heures précédant la perpétration du crime (*Lauv* et *Paul*), ainsi qu'un sevrage suivant une période de consommation excessive d'alcool (*R. c. Malcolm* (1989), 50 C.C.C. (3d) 172 (C.A. Man.)). Cet éventail de circonstances semble être attribuable à la constitution et aux antécédents psychiques propres à chaque accusé ainsi qu'à la nature même de la consommation de stupéfiants ayant contribué au déclenchement de la psychose. À ce chapitre, la quantité et le niveau de toxicité des drogues consommées paraissent également jouer un rôle non négligeable. La réalité est donc que chaque nouvelle situation constitue un cas d'espèce qu'il n'est pas toujours facile de situer dans la jurisprudence existante.

[68] En raison de l'hétérogénéité des circonstances dans lesquelles un diagnostic de psychose

material time may be medically diagnosed, I consider it unwise to adopt an approach as broad as the one proposed by the appellant. In *Cooper*, this Court instead urged the courts to exercise particular caution where an accused person's mental condition was closely related to an episode of intoxication contemporaneous with the offence. In my opinion, the Court, in its decision in *Cooper*, recommended a contextual approach that was intended to strike a fair balance between the need to protect the public from persons whose mental state is inherently dangerous and the desire to impose criminal liability solely on persons who are responsible for the state they were in at the time of the offence. Since this contextual approach means that a court must base its analysis on the particular circumstances of the case before it, I cannot accept the recent decisions or opinions that seem to suggest that toxic psychosis is always a disease of the mind within the meaning of the *Criminal Code* (see, *inter alia*, *Snelgrove*, at para. 234; *Lauv*, at para. 18; *Fortin*, at para. 57; *R. v. D.P.*, 2009 QCCQ 644 (CanLII), at para. 25; and H. Parent, "Les Troubles psychotiques induits par une substance en droit pénal canadien: analyse médicale et juridique d'un concept en pleine évolution" (2010), 69 *R. du B.* 103, at p. 119).

[69] When confronted with a difficult fact situation involving a state of toxic psychosis that emerged while the accused was intoxicated, a court should start from the general principle that temporary psychosis is covered by the exclusion from *Cooper*. This principle is not absolute, however: the accused can rebut the presumption provided for in s. 16(2) *Cr. C.* by showing that, at the material time, he or she was suffering from a disease of the mind that was unrelated to the intoxication-related symptoms. To determine whether an accused has discharged the burden of proof in this respect, the court should adopt the "more holistic approach" described by Bastarache J. in *Stone* (para. 203). As the Attorney General of Ontario suggested in this Court, it is ultimately this "more holistic approach" that will enable a court to determine whether the mental condition of an accused at the material time constitutes a "mental

toxique au moment des faits reprochés peut être porté sur le plan médical, il ne m'apparaît pas sage d'adopter une approche aussi large que celle proposée par l'appelant. L'arrêt *Cooper* invite plutôt les tribunaux à faire preuve d'une prudence particulière lorsque la condition mentale d'un accusé se trouve étroitement liée à un épisode d'intoxication contemporain au crime commis. À mon avis, l'arrêt *Cooper* prescrit une approche contextuelle destinée à assurer un juste équilibre entre la nécessité de protéger le public contre les personnes dont l'état mental présente un degré inhérent de dangerosité et le désir d'imputer une responsabilité pénale aux personnes qui sont responsables de l'état dans lequel elles se trouvent au moment du crime. Puisque cette approche contextuelle doit s'ancrer dans les particularités de chaque dossier, je ne saurais retenir les décisions ou opinions récentes qui semblent suggérer qu'une psychose toxique constitue en toute circonstance une maladie mentale au sens du *Code criminel* (voir notamment *Snelgrove*, par. 234; *Lauv*, par. 18; *Fortin*, par. 57; *R. c. D.P.*, 2009 QCCQ 644 (CanLII), par. 25; et H. Parent, « Les Troubles psychotiques induits par une substance en droit pénal canadien : analyse médicale et juridique d'un concept en pleine évolution » (2010), 69 *R. du B.* 103, p. 119).

[69] Lorsqu'aux prises avec des situations factuelles difficiles survenant alors qu'une psychose toxique se manifeste durant l'intoxication de l'accusé, les tribunaux devraient partir du principe général que la psychose temporaire est visée par l'exclusion de *Cooper*. Ce principe n'est toutefois pas absolu : l'accusé peut repousser la présomption établie par le par. 16(2) *C. cr.* en démontrant qu'il souffrait, au moment des faits reprochés, d'une maladie mentale distincte des symptômes liés à l'intoxication. Pour déterminer si l'accusé s'est déchargé de son fardeau de preuve, les tribunaux devraient appliquer la « méthode plus globale » décrite par le juge Bastarache dans l'arrêt *Stone* (par. 203). Comme le procureur général de l'Ontario l'a suggéré devant notre Cour, c'est ultimement au moyen de cette « méthode plus globale » que les tribunaux pourront déterminer si la condition mentale de l'accusé au moment des faits constitue un

disorder” for the purposes of s. 16 *Cr. C.* (Factum, at paras. 22-23).

[70] In *Stone*, Bastarache J. proposed a flexible approach structured around two analytical tools and certain policy considerations. The purpose of the approach is to help the courts distinguish mental conditions that fall within the scope of s. 16 *Cr. C.* from those covered by *Cooper’s* exclusion of “self-induced states caused by alcohol or drugs” (p. 1159). In other words, a court should use this approach to determine whether a medically diagnosed disease of the mind constitutes a mental disorder in the legal sense.

[71] The *internal cause factor*, the first of the analytical tools described in *Stone*, involves comparing the accused with a normal person. In that case, Bastarache J. noted that “the trial judge must consider the nature of the trigger and determine whether a normal person in the same circumstances might have reacted to it by entering an automatic state as the accused claims to have done” (para. 206). The comparison between the circumstances of the accused and those of a normal person will be objective and may be based on the psychiatric evidence. The more the psychiatric evidence suggests that a normal person, that is, a person suffering from no disease of the mind, is susceptible to such a state, the more justified the courts will be in finding that the trigger is external. Such a finding would exclude the condition of the accused from the scope of s. 16 *Cr. C.* The reverse also holds true.

[72] Although the trigger associated with the internal cause factor often involves a “psychological blow”, there is no reason why it cannot consist of alcohol or drug use contemporaneous with the offence. What must therefore be determined is what state a normal person might have entered after consuming the same substances in the same quantities as the accused. Since certain factors such as fatigue and the pace of consumption may influence the

« troubl[e] menta[l] » pour l’application de l’art. 16 *C. cr.* (mémoire, par. 22-23).

[70] Dans l’arrêt *Stone*, le juge Bastarache a proposé une méthode flexible articulée autour de deux outils analytiques et de certaines considérations d’ordre public. Cette méthode veut aider les tribunaux à distinguer les conditions mentales qui se situent dans le champ d’application de l’art. 16 *C. cr.* de celles qui sont visées par l’exclusion de l’arrêt *Cooper* portant sur les « états volontairement provoqués par l’alcool ou les stupéfiants » (p. 1159). En d’autres termes, c’est au moyen de cette méthode que les tribunaux devraient déterminer si un diagnostic médical de maladie mentale correspond à un trouble mental sur le plan juridique.

[71] Le *facteur de la cause interne*, qui constitue le premier outil analytique décrit dans l’arrêt *Stone*, place l’accent sur la comparaison entre l’accusé et une personne normale. Dans cet arrêt, le juge Bastarache a noté que « le juge du procès doit examiner la nature de l’élément déclencheur et décider si ce dernier était susceptible de plonger une personne normale, se trouvant dans la même situation, dans l’état d’automatisme dans lequel l’accusé allègue avoir sombré » (par. 206). La comparaison entre la situation de l’accusé et celle d’une personne normale s’effectuera sur une base objective et peut reposer sur la preuve psychiatrique. Plus celle-ci suggérera qu’une personne normale, c’est-à-dire une personne qui ne souffre d’aucune maladie mentale, est susceptible de développer un tel état, plus les tribunaux seront fondés à considérer que l’élément déclencheur possède une nature externe. Ces constatations excluront la condition de l’accusé de la portée de l’art. 16 *C. cr.* Le raisonnement inverse est également applicable.

[72] Quoique l’élément déclencheur auquel le facteur de la cause interne réfère soit souvent associé à un « choc psychologique », rien n’empêche de considérer que celui-ci puisse être une consommation d’alcool ou de stupéfiants contemporaine au crime commis. Il s’agit alors de se demander dans quel état une personne normale aurait été susceptible d’être plongée si elle avait consommé les mêmes substances et les mêmes quantités que

effects of drugs, this comparison must take account of all the circumstances in which the accused consumed the drugs that triggered the psychotic condition. If a normal person might also have reacted to similar drug use by developing toxic psychosis, it will be easier for the court to find that the mental disorder of the accused was purely external in origin (*Rabey* (S.C.C.), at pp. 519 and 533; see also *Moroz*, at para. 46) and was not a disease of the mind within the meaning of the *Criminal Code*.

[73] The second analytical tool, the *continuing danger factor*, is directly related to the need to ensure public safety. The purpose of this factor is to assess the likelihood of recurring danger to others. Where a condition is likely to present a recurring danger, there is a greater chance that it will be regarded as a disease of the mind. To assess this danger, the court must consider, among other factors, “the psychiatric history of the accused and the likelihood that the trigger alleged to have caused the automatistic episode will recur” (*Stone*, at para. 214).

[74] Although Bastarache J.’s reasons were not explicit in this regard, it stands to reason that danger will be recurring only if it is likely to arise again independently of the exercise of the will of the accused. The recurrence of danger is not a factor linked to voluntary behaviour by the accused. This conclusion is consistent with the idea that the effect of the defence provided for in s. 16 *Cr. C.* is to exempt from criminal responsibility an accused whose actions are morally involuntary. The purpose of the defence of mental disorder is to ascertain whether the mental condition of the accused poses an *inherent* danger, that is, a danger that persists despite the will of the accused. As a corollary to this principle, a danger to public safety that might be voluntarily *created* by the accused

l’accusé. Puisque certains éléments tels que la fatigue et le rythme de la consommation peuvent avoir une incidence sur l’effet des drogues, cette comparaison doit prendre en considération l’ensemble des circonstances dans lesquelles l’accusé a consommé les drogues qui constituent l’élément déclencheur de son état psychotique. Dans la mesure où la personne normale aurait également été susceptible de développer une psychose toxique à la suite d’une telle consommation de stupéfiants, les tribunaux pourront plus facilement considérer que le désordre psychique dont a souffert l’accusé avait une origine purement externe (*Rabey* (C.S.C.), p. 519 et 533; voir également *Moroz*, par. 46) et ne constituait pas une maladie mentale au sens du *Code criminel*.

[73] La considération du *facteur du risque subsistant*, qui constitue le deuxième outil analytique, découle directement de la nécessité d’assurer la sécurité du public. Ce facteur tente d’évaluer la probabilité de récurrence d’un danger pour autrui. Un état qui comporte un risque vraisemblable de récurrence d’un tel danger se trouve davantage susceptible d’être assimilé à une maladie mentale. Pour évaluer ce risque, les tribunaux doivent prendre en considération, parmi d’autres facteurs, « les antécédents psychiatriques de l’accusé et la probabilité que l’élément qui aurait déclenché l’épisode d’automatisme se présente de nouveau » (*Stone*, par. 214).

[74] Bien que les motifs du juge Bastarache ne soient pas explicites à cet égard, il va de soi qu’un danger ne sera récurrent que s’il est susceptible de se produire de nouveau indépendamment de la volonté de l’accusé. La récurrence du danger n’est pas un élément qui dépend du comportement volontaire de l’accusé. On rejoint ici l’idée voulant que la défense prévue à l’art. 16 *C. cr.* exonère de toute responsabilité pénale les accusés qui agissent involontairement sur le plan moral. La défense de troubles mentaux vise à identifier si la condition mentale de l’accusé présente un risque de danger *inhérent*, c’est-à-dire qui subsiste en dépit de la volonté de l’accusé. Comme corollaire de ce principe, le danger pour la sécurité du public qui pourrait être volontairement *créé* par l’accusé au

in the future by consuming drugs would not be the result of a “mental disorder” for the purposes of s. 16 *Cr. C.*

[75] In *Stone*, Bastarache J. also stated that “a holistic approach to disease of the mind must also permit trial judges to consider other policy concerns which underlie this inquiry” (para. 218). The main policy consideration continues to be the need to protect society from the accused through the special procedure set out in Part XX.1 of the *Criminal Code*. Thus, if the circumstances of a case suggest that a pre-existing condition of the accused does not require any particular treatment and is not a threat to others, the court should more easily hold that the accused was not suffering from a disease of the mind at the time of the alleged events.

[76] The contextual approach required by *Stone* makes it possible to define the scope of this appeal. The purpose of the appeal is not to identify a rule to be applied to every case of toxic psychosis. And because every case has distinctive characteristics, it would be counterproductive to try to formulate an exhaustive definition of the mental conditions covered by *Cooper*’s exclusion of “self-induced states caused by alcohol or drugs”. The instant case concerns just one type of toxic psychosis, namely one that resulted *exclusively* from a single episode of self-induced intoxication.

[77] Although the courts can seek assistance from the existing case law, it would be preferable for them to engage in an individualized analysis that takes account of the specific circumstances of each case. This means that the courts should determine on a case-by-case basis, applying the “more holistic approach” from *Stone*, whether the mental condition of each accused is included in or excluded from the definition of “disease of the mind” proposed by Dickson J. in *Cooper*. This approach is consistent with the line of authority based on

moyen d’une consommation future de stupéfiants ne découle pas d’un « troubl[e] menta[l] » pour l’application de l’art. 16 *C. cr.*

[75] Dans l’arrêt *Stone*, le juge Bastarache a aussi mentionné qu’« une façon globale d’aborder la question de la maladie mentale doit aussi permettre au juge du procès de tenir compte des autres préoccupations d’ordre public qui sous-tendent cet examen » (par. 218). La principale de ces considérations d’ordre public demeure le besoin de protéger la société contre l’accusé par l’engagement de la procédure spéciale établie par la partie XX.1 du *Code criminel*. Ainsi, lorsque les circonstances d’un dossier suggèrent que la condition préexistante de l’accusé ne nécessite aucun traitement particulier et qu’elle ne constitue pas une menace pour autrui, les tribunaux devraient arriver plus facilement à la conclusion que l’accusé n’était pas malade mentalement au moment des faits reprochés.

[76] L’approche contextuelle que les tribunaux doivent appliquer selon l’arrêt *Stone* permet de délimiter la portée du présent pourvoi. Celui-ci ne vise pas à dégager une règle destinée à s’appliquer à tous les cas de psychose toxique. En raison des particularités propres à chaque dossier, il serait d’ailleurs contre-productif de tenter de définir de façon exhaustive les conditions mentales qui sont visées par l’exclusion établie dans l’arrêt *Cooper* à l’égard des « états volontairement provoqués par l’alcool ou les stupéfiants ». Le présent dossier ne concerne qu’un seul type de psychose toxique, c’est-à-dire celle qui résulte *exclusivement* d’un épisode unique d’intoxication volontaire.

[77] Tout en s’aidant de la jurisprudence existante, il est préférable que les tribunaux conduisent une analyse individualisée destinée à prendre en considération les circonstances particulières de chaque dossier. En conséquence, les tribunaux détermineront au cas par cas, en application de la « méthode plus globale » décrite dans l’arrêt *Stone*, si la condition mentale de l’accusé est incluse ou non dans la définition de la maladie mentale proposée par le juge Dickson dans l’arrêt *Cooper*. Cette approche s’inscrit dans la lignée de

Rabey, in which this Court endorsed Martin J.A.'s opinion that "[p]articular transient mental disturbances may not . . . be capable of being properly categorized in relation to whether they constitute 'disease of the mind' on the basis of a generalized statement and must be decided on a case-by-case basis" (pp. 519-20).

F. *Application of the Principles to This Appeal*

[78] In accordance with the approach set out above, I must now determine whether the appellant was suffering from a "mental disorder" within the meaning of s. 16 *Cr. C.* at the material time. To do this, it will be helpful to begin by referring to the trial judge's main findings of fact. Judge Decoste found that the appellant, who was highly intoxicated at the material time, was in a psychotic condition caused by the voluntary consumption of drugs. He wrote that [TRANSLATION] "the psychotic condition the accused was in when he committed these criminal acts originated in his drug use during the moments leading up to them" (para. 41). I would also note that the appellant's central argument is based on the contention that toxic psychosis is necessarily a "mental disorder" within the meaning of s. 16 *Cr. C.* because it is an "abnormal effect" of intoxication that affects only those who have a psychological predisposition or whose psyches are particularly fragile.

[79] The evidence in the record does not support the distinction drawn by the appellant between "normal effects" and "abnormal effects" of intoxication. Nor is it compatible with the argument that only persons who are predisposed to a mental disorder are likely to develop toxic psychosis as a result of drug use. For example, Dr. Faucher testified at trial that he saw cases of toxic psychosis [TRANSLATION] "every week" (A.R., at p. 967). As Thibault J.A. noted, the same witness also stated that half (50 percent) of subjects who take drugs containing PCP are likely to develop a psychotic condition when intoxicated. It thus appears that

la jurisprudence découlant de l'arrêt *Rabey*, dans lequel notre Cour a endossé l'opinion du juge Martin selon laquelle [TRADUCTION] « [c]ertains troubles mentaux momentanés pourraient [. . .] demeurer impossibles à catégoriser correctement, à partir d'une déclaration générale, lorsqu'il s'agit de déterminer s'ils constituent une "maladie mentale"; ils doivent donc être catégorisés au cas par cas » (p. 519-520).

F. *Application des principes au présent pourvoi*

[78] Conformément à la méthode exposée ci-dessus, il s'agit maintenant de déterminer si l'appellant souffrait d'un « trouble[m]e[n]t mental » au sens de l'art. 16 *C. cr.* au moment des faits. Pour ce faire, il est pertinent de rappeler au préalable les principales conclusions de fait auxquelles le juge de première instance est parvenu. Le juge Decoste a conclu que l'appellant, fortement intoxiqué au moment des faits, se trouvait dans un état psychotique causé par une consommation volontaire de drogues. Il a écrit que « l'état de psychose dans lequel était l'accusé en posant ces gestes délictueux origine de la consommation de drogues qu'il a consommées dans les instants précédents » (par. 41). Je rappelle également que la prétention centrale de l'appellant repose sur l'argument qu'une psychose toxique constituerait nécessairement un « trouble[m]e[n]t mental » en vertu de l'art. 16 *C. cr.* puisqu'elle représenterait un « effet anormal » de l'intoxication qui n'afflige que les individus ayant des prédispositions ou une fragilité particulière sur le plan psychique.

[79] La preuve versée au dossier ne supporte pas la distinction effectuée par l'appellant entre « effets normaux » et « effets anormaux » de l'intoxication. Elle est aussi incompatible avec l'argument selon lequel seules les personnes prédisposées aux troubles mentaux sont susceptibles de développer une psychose toxique à la suite d'une consommation de stupéfiants. Par exemple, lors du procès, le D^r Faucher a témoigné qu'il rencontrait « à toutes les semaines » des cas de psychose toxique (d.a., p. 967). Comme la juge Thibault l'a noté, le même témoin a également mentionné que la moitié des sujets (50 p. 100) qui consomment des drogues

toxic psychosis is unfortunately a fairly frequent phenomenon that seems to result from the high toxicity of chemical drugs.

[80] The application of the first factor from *Stone* thus suggests that the taking of one “*poire bleue*” pill is a specific external factor that contradicts the appellant’s argument, since it seems likely that the reaction of a normal person to such a pill would indeed be to develop toxic psychosis. This strongly suggests that the appellant was not suffering from a mental disorder at the time he committed the impugned acts.

[81] The rapid appearance of psychotic symptoms generally indicates that the delusions of the accused can be attributed to a specific external factor. Dr. Faucher’s expert assessment, which the trial judge preferred to that of Dr. Turmel, an expert called by the defence, revealed that the rapid reversal of symptoms is characteristic of a toxic psychosis caused by an episode of self-induced intoxication (A.R., at pp. 954-59). Moreover, Professor Parent has written on this topic that [TRANSLATION] “delusions that subside at the same rate as the drug are usually signs of *Substance Intoxication*” (“*Les Troubles psychotiques induits par une substance en droit pénal canadien: analyse médicale et juridique d’un concept en pleine évolution*”, at p. 123 (emphasis in original)). Such delusions therefore do not result from a disease of the mind within the meaning of the *Criminal Code*.

[82] In the instant case, the psychotic symptoms experienced by the appellant began to diminish shortly after he took the “*poire bleue*” pill and continued to do so until they disappeared completely on October 28, 2005. The Court of Appeal held that the disappearance of the symptoms showed that the symptoms of toxic psychosis coincided with the duration of the appellant’s intoxication. Thibault J.A. could thus say that [TRANSLATION]

contenant du PCP étaient susceptibles de développer un état psychotique alors qu’ils sont intoxiqués. Il appert donc que la psychose toxique constitue malheureusement un phénomène plutôt fréquent qui semble s’expliquer par le niveau élevé de toxicité des drogues chimiques.

[80] L’application du premier facteur décrit dans l’arrêt *Stone* suggère donc que la consommation d’un comprimé de « poire bleue » représente un facteur spécifiquement externe dont la présence milite contre la prétention de l’appelant. Une personne normale semble effectivement susceptible de développer une psychose toxique à la suite de la consommation d’un tel comprimé. Ce constat suggère fortement que l’appelant ne souffrait pas d’un trouble mental au moment de commettre les faits reprochés.

[81] L’apparition rapide des symptômes psychotiques indique généralement que les idées délirantes chez l’accusé étaient attribuables à un facteur spécifiquement externe. L’expertise du D^r Faucher, que le juge de première instance a préférée à celle du D^r Turmel assigné par la défense, a révélé qu’une rétrocession rapide des symptômes était caractéristique d’une psychose toxique causée par un épisode d’intoxication volontaire (d.a., p. 954-959). Comme le professeur Parent l’a également écrit à ce sujet, « des idées délirantes qui rétrocedent au même rythme que la drogue laissent habituellement présager la présence d’une *Intoxication par substance* » (« *Les Troubles psychotiques induits par une substance en droit pénal canadien : analyse médicale et juridique d’un concept en pleine évolution* », p. 123 (en italique dans l’original)). De telles idées délirantes ne découlent alors pas d’une maladie mentale au sens du *Code criminel*.

[82] En l’espèce, les symptômes psychotiques vécus par l’appelant ont commencé à s’estomper peu de temps après la consommation du comprimé de « poire bleue », et ce, de façon continue jusqu’à leur extinction complète le 28 octobre 2005. La Cour d’appel a jugé que cette rétrocession des symptômes révélait une concordance entre la durée de l’intoxication et les manifestations de la psychose toxique. La juge Thibault a pu donc affirmer

“[t]he appellant suffered from no [disease of the mind] before committing the crimes, and once the effects of the drug consumption had passed, he was entirely sane” (para. 77). I see no valid reason to depart from this conclusion.

[83] As for the second factor from *Stone*, there is no evidence indicating that the mental condition of the accused is inherently dangerous in any way. Provided that the appellant abstains from such drugs in the future, which he is capable of doing voluntarily, it would seem that his mental condition poses no threat to public safety. Although I will not adopt a definitive position on this question, I might have concluded otherwise if the appellant had a dependency on drugs that affected his ability to stop using them voluntarily. The likelihood of recurring danger might then be greater.

[84] Finally, after considering all the circumstances of this case, I am satisfied that there is no valid reason to initiate the special procedure provided for in Part XX.1 of the *Criminal Code*. An accused whose mental condition at the material time can be attributed exclusively to a state of temporary self-induced intoxication and who poses no threat to others is not suffering from a “mental disorder” for the purposes of s. 16 *Cr. C.* The scheme of Part XX.1 applies only if the accused actually suffered from a disease of the mind at the material time. It is not intended to apply to accused persons whose temporary madness was induced artificially by a state of intoxication.

[85] In this context, I conclude that the appellant was not suffering from a “mental disorder” for the purposes of s. 16 *Cr. C.* at the time he committed the assault. He has failed to rebut the presumption that his toxic psychosis was a “self-induced stat[e] caused by alcohol or drugs” in accordance with the definition in *Cooper*. A malfunctioning of the mind that results *exclusively* from self-induced intoxication cannot be considered a disease of the

que « [l]’appellant ne souffrait d’aucune maladie mentale avant de commettre les crimes et une fois les effets de la consommation de drogues résorbés, il était tout à fait sain d’esprit » (par. 77). Je ne vois aucune raison valable de m’écarter de cette conclusion.

[83] En ce qui a trait à l’application du deuxième facteur décrit dans l’arrêt *Stone*, aucun élément de preuve n’indique que la condition mentale de l’accusé présente un quelconque niveau de dangerosité inhérente. Dans la mesure où l’appellant s’abstient à l’avenir de consommer de telles drogues, ce qu’il est en mesure de faire volontairement, il semble que sa condition mentale ne constitue pas une menace pour la sécurité du public. Sans exprimer une position définitive sur cette question, signalons qu’il pourrait en être autrement si l’appellant souffrait d’une dépendance aux stupéfiants ayant pour effet d’affecter sa capacité à cesser volontairement sa consommation. La probabilité de récurrence du danger pourrait alors être plus élevée.

[84] Finalement, un examen de l’ensemble des circonstances du présent dossier me convainc qu’il n’existe aucune raison valable d’engager la procédure spéciale mise en place par la partie XX.1 du *Code criminel*. Un accusé dont la condition mentale au moment des faits reprochés est exclusivement attribuable à un état d’intoxication temporaire volontaire et qui ne représente aucun danger pour autrui ne souffre pas d’un « troubl[e] menta[l] » pour l’application de l’art. 16 *C. cr.* Le régime établi par la partie XX.1 est réservé aux accusés qui souffrent réellement d’une maladie mentale au moment des faits reprochés. Il n’a pas vocation à s’appliquer aux accusés dont la folie temporaire a été artificiellement créée par un état d’intoxication.

[85] Dans ce contexte, je conclus que l’appellant ne souffrait pas d’un « troubl[e] menta[l] » pour l’application de l’art. 16 *C. cr.* au moment de commettre l’agression. L’appellant n’a pas réussi à repousser la présomption que la psychose toxique dont il a souffert était un « éta[t] volontairement provoqu[é] par l’alcool ou les stupéfiants » au sens de l’arrêt *Cooper*. Les déséquilibres mentaux développés *exclusivement* en raison d’une intoxication

mind in the legal sense, since it is not a product of the individual's inherent psychological makeup. This is true even though medical science may tend to consider such conditions to be diseases of the mind. In circumstances like those of the case at bar, toxic psychosis seems to be nothing more than a symptom, albeit an extreme one, of the accused person's state of self-induced intoxication. Such a state cannot justify exempting an accused from criminal responsibility under s. 16 *Cr. C.*

[86] This conclusion takes account of the policy considerations referred to by Dickson J. in *Cooper*. In light of Dr. Faucher's expert assessment of the frequency of toxic psychosis in circumstances analogous to the ones in the instant case, the appellant's position, if adopted, would affect the integrity of the criminal justice system in ways that would be difficult to accept. If everyone who committed a violent offence while suffering from toxic psychosis were to be found not criminally responsible on account of mental disorder regardless of the origin or cause of the psychosis, the scope of the defence provided for in s. 16 *Cr. C.* would become much broader than Parliament intended. These considerations reinforce the conclusion that the toxic psychosis of the appellant in this case is covered by *Cooper*'s exclusion of "self-induced states caused by alcohol or drugs".

[87] The lack of evidence that the appellant was suffering from an underlying mental disorder certainly simplifies the legal characterization exercise under s. 16 *Cr. C.* From a factual standpoint, this case seems quite clear: as in *Paul*, the only reasonable conclusion is that the appellant's mental condition is covered by the exclusion from *Cooper*. Contrary to the conclusion the appellant is asking this Court to draw, it would be unreasonable to assume, absent any evidence to back up such a claim, that the real cause of his toxic psychosis was an underlying mental disorder. In addition, no

volontaire ne peuvent être considérés comme une maladie mentale au sens juridique, puisqu'ils ne sont pas le produit de la constitution psychique inhérente d'un individu. Il en est ainsi malgré le fait que la science médicale puisse volontiers considérer de tels états comme des maladies mentales. Dans des circonstances analogues à celles du présent dossier, une psychose toxique ne semble être rien d'autre qu'une manifestation, certes extrême, d'un état d'intoxication dans lequel l'accusé s'est volontairement placé. Un tel état ne permet pas à un accusé d'être exonéré de toute responsabilité pénale en vertu de l'art. 16 *C. cr.*

[86] Cette conclusion prend en compte les considérations d'ordre public évoquées par le juge Dickson dans l'arrêt *Cooper*. En considérant la teneur de l'expertise du D^r Faucher au sujet de la fréquence des psychoses toxiques dans des circonstances analogues à celles du présent dossier, l'adoption de la position de l'appelant entraînerait des conséquences difficilement acceptables pour l'intégrité du système de justice criminelle. Si chaque individu qui commet une infraction violente pendant qu'il souffre d'une psychose toxique devait, sans égard à l'origine ou à la cause de celle-ci, échapper à la responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux, la défense prévue à l'art. 16 *C. cr.* acquerrait une portée qui excéderait largement celle qu'envisageait le législateur. Ces considérations renforcent la conclusion que la psychose toxique développée par l'appelant en l'espèce est visée par l'exclusion établie dans l'arrêt *Cooper* à l'égard des « états volontairement provoqués par l'alcool ou les stupéfiants ».

[87] Certes, l'absence de preuve relative à la présence d'un trouble mental sous-jacent chez l'appelant facilite l'exercice de qualification juridique qui doit être effectué en vertu de l'art. 16 *C. cr.* D'un point de vue factuel, le présent dossier paraît plutôt clair : comme dans l'affaire *Paul*, la seule conclusion raisonnable est que la condition mentale de l'appelant est visée par l'exclusion établie dans l'arrêt *Cooper*. Contrairement à la conclusion que l'appelant nous invite à tirer, il serait déraisonnable de présumer, en l'absence de tout élément de preuve de nature à étouffer une telle prétention, que la cause

Canadian court has applied the defence provided for in s. 16 *Cr. C.* in the context of toxic psychosis without evidence showing that the accused suffered from an underlying disease of the mind.

[88] In light of the case law, it is plausible to expect that the courts will have to perform this legal characterization exercise in circumstances much more difficult than the ones in the case at bar. One example would be a case in which the mental condition of the accused indicates an underlying mental disorder but the evidence also shows that the toxic psychosis was triggered by the consumption of drugs of a nature and in a quantity that could have produced the same condition in a normal person. In such circumstances, the courts should be especially meticulous in applying the “more holistic approach” from *Stone*.

G. *Section 33.1 Cr. C. Applies in This Case*

[89] The foregoing conclusion leads to the question whether s. 33.1 *Cr. C.* is applicable. This provision applies where three conditions are met: (1) the accused was intoxicated at the material time; (2) the intoxication was self-induced; and (3) the accused departed from the standard of reasonable care generally recognized in Canadian society by interfering or threatening to interfere with the bodily integrity of another person (see, generally, *R. v. Vickberg* (1998), 16 C.R. (5th) 164 (B.C.S.C.); *R. v. Chaulk*, 2007 NSCA 84, 257 N.S.R. (2d) 99). Where these three things are proved, it is not a defence that the accused lacked the general intent or the voluntariness required to commit the offence.

[90] The self-induced intoxication to which s. 33.1 *Cr. C.* refers is limited in time. It corresponds to the period during which the substance consumed

réelle de sa psychose toxique aurait été un trouble mental sous-jacent. On ne retrouve d'ailleurs, dans la jurisprudence canadienne, aucune décision ayant appliqué la défense prévue à l'art. 16 *C. cr.* dans un contexte de psychose toxique sans que la preuve ait révélé que l'accusé souffrait d'une maladie mentale sous-jacente.

[88] Au regard de la jurisprudence existante, il est plausible de prévoir que les tribunaux auront à effectuer cet exercice de qualification juridique dans des circonstances beaucoup plus délicates que celles du présent dossier. Il en sera notamment ainsi lorsque la condition mentale révélera la présence d'un trouble mental sous-jacent mais que la preuve indiquera aussi que la psychose toxique a été déclenchée par une consommation de stupéfiants dont la nature et la quantité auraient pu provoquer le même état chez une personne normale. Dans de telles circonstances, il convient d'inviter les tribunaux à faire preuve d'une minutie particulière dans l'application de la « méthode plus globale » décrite dans l'arrêt *Stone*.

G. *L'article 33.1 C. cr. trouve application en l'espèce*

[89] En raison de la conclusion qui précède, il devient maintenant pertinent de s'interroger sur l'applicabilité de l'art. 33.1 *C. cr.* Cette disposition s'applique lorsque trois conditions sont réunies : (1) l'accusé était intoxiqué au moment des faits; (2) cette intoxication était volontaire; et (3) l'accusé s'est écarté de la norme de diligence raisonnable généralement acceptée dans la société canadienne en portant atteinte ou en menaçant de porter atteinte à l'intégrité physique d'autrui (voir, généralement, *R. c. Vickberg* (1998), 16 C.R. (5th) 164 (C.S.C.-B.); *R. c. Chaulk*, 2007 NSCA 84, 257 N.S.R. (2d) 99). Lorsque la preuve de ces trois éléments est établie, l'accusé ne peut soulever une défense basée sur l'absence d'intention générale ou de la volonté requise pour la perpétration de l'infraction.

[90] L'intoxication volontaire visée par l'art. 33.1 *C. cr.* est circonscrite dans le temps. Elle correspond à la période au cours de laquelle la substance

by the accused produced its effects. Section 33.1(2) *Cr. C.* leaves no doubt about this. It provides that a person “is . . . criminally at fault where the person, while in a state of self-induced intoxication that renders the person unaware of, or incapable of consciously controlling, their behaviour, voluntarily or involuntarily interferes or threatens to interfere with the bodily integrity of another person”. Section 33.1 *Cr. C.* is intended to prevent an accused from avoiding criminal liability on the ground that his or her state of intoxication at the material time *rendered the accused incapable* of forming the mental element or having the voluntariness required to commit the offence.

[91] Section 33.1 *Cr. C.* therefore applies to any mental condition that is a direct extension of a state of intoxication. It is also important to understand that no distinction based on the seriousness of the effects of self-induced intoxication is drawn in this provision. The appellant’s suggestion that it applies only to the “normal effects” of intoxication is wrong. There is no threshold of intoxication beyond which s. 33.1 *Cr. C.* does not apply to an accused, which means that toxic psychosis can be one of the states of intoxication covered by this provision. It is so covered in the case at bar. The Court of Appeal therefore did not err in law in holding that s. 33.1 *Cr. C.* was applicable rather than s. 16 *Cr. C.*

V. Conclusion

[92] For all these reasons, the appeal must be dismissed.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellant: Roy & Robert, Montréal.

Solicitor for the respondent: Criminal and Penal Prosecutions of Quebec, Matane.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: Attorney General of Canada, Montréal.

consommée par l’accusé produit ses effets. Le paragraphe 33.1(2) *C. cr.* ne laisse planer aucun doute à ce sujet. Il prévoit qu’une personne « est criminellement responsable si, alors qu’elle est dans un état d’intoxication volontaire qui la rend incapable de se maîtriser consciemment ou d’avoir conscience de sa conduite, elle porte atteinte ou menace de porter atteinte volontairement ou involontairement à l’intégrité physique d’autrui ». L’article 33.1 *C. cr.* veut empêcher un accusé d’échapper à sa responsabilité criminelle au motif que l’état d’intoxication dans lequel il se trouvait au moment des faits *l’a rendu incapable* de former l’élément moral ou d’avoir la volonté requise pour la perpétration de l’infraction.

[91] L’article 33.1 *C. cr.* s’applique donc à toute condition mentale qui constitue le prolongement direct d’un état d’intoxication. Il importe également de préciser que cette disposition n’établit aucune distinction relative à la gravité des effets de l’intoxication volontaire. L’appelant a tort de suggérer qu’il ne s’applique qu’aux « effets normaux » de l’intoxication. Il n’existe aucun seuil d’intoxication à partir duquel l’état d’un accusé échappe à l’application de l’art. 33.1 *C. cr.* Une psychose toxique peut donc faire partie des états d’intoxication visés par cette disposition. C’est le cas en l’espèce. La Cour d’appel n’a donc pas commis d’erreur de droit en concluant à l’application de l’art. 33.1 *C. cr.* plutôt que de l’art. 16 *C. cr.*

V. Conclusion

[92] Pour l’ensemble de ces motifs, le pourvoi doit être rejeté.

Pourvoi rejeté.

Procureurs de l’appelant : Roy & Robert, Montréal.

Procureur de l’intimée : Poursuites criminelles et pénales du Québec, Matane.

Procureur de l’intervenant le procureur général du Canada : Procureur général du Canada, Montréal.

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

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

**Nor-Man Regional Health Authority
Inc. Appellant**

v.

**Manitoba Association of Health Care
Professionals Respondent**

and

**Attorney General of British
Columbia Intervener**

**INDEXED AS: NOR-MAN REGIONAL HEALTH
AUTHORITY INC. v. MANITOBA ASSOCIATION OF
HEALTH CARE PROFESSIONALS**

2011 SCC 59

File No.: 33795.

2011: October 20; 2011: December 2.

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

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

*Labour relations — Grievances — Arbitral award —
Standard of review — Arbitrator imposing estoppel on
union's claim for redress under collective agreement —
Whether arbitral award applying common law or equita-
ble remedy is reviewable on standard of reasonableness
or correctness.*

P contended that she was entitled, upon 20 years of employment, to a bonus week of vacation pursuant to the terms of the collective agreement between Nor-Man and P's Union. Her request was denied by Nor-Man. The arbitrator decided that the employer's practice of excluding casual service in calculating vacation benefits breached the terms of the collective agreement. However, the Union was barred by its long-standing acquiescence from grieving the employer's application of the disputed provisions of the collective agreement. The arbitrator held that the Union was estopped from asserting its strict rights under the disputed provisions of the collective agreement until the expiry of the agreement. The Union's application for judicial review

**Nor-Man Regional Health Authority
Inc. Appelante**

c.

**Manitoba Association of Health Care
Professionals Intimée**

et

**Procureur général de la Colombie-
Britannique Intervenant**

**RÉPERTORIÉ : NOR-MAN REGIONAL HEALTH
AUTHORITY INC. c. MANITOBA ASSOCIATION OF
HEALTH CARE PROFESSIONALS**

2011 CSC 59

N° du greffe : 33795.

2011 : 20 octobre; 2011 : 2 décembre.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU MANITOBA

*Relations du travail — Grievs — Sentence arbi-
trale — Norme de contrôle — Arbitre ayant appliqué la
préclusion à la demande de réparation présentée par le
syndicat en vertu de la convention collective — La sen-
tence arbitrale mettant en jeu une réparation de common
law ou d'equity est-elle assujettie à la norme de contrôle
de la décision raisonnable ou à celle de la décision cor-
recte?*

P prétendait avoir droit à une semaine de congé annuel en prime l'année de son 20^e anniversaire d'entrée en service, conformément aux dispositions de la convention collective intervenue entre Nor-Man et le Syndicat la représentant. Nor-Man lui a refusé ce congé. L'arbitre a conclu que la pratique de l'employeur consistant à exclure les périodes d'emploi à titre occasionnel du calcul des congés annuels contrevenait aux dispositions de la convention collective. Toutefois, le Syndicat ne pouvait pas contester la façon dont l'employeur appliquait les dispositions litigieuses de la convention collective, parce qu'il y avait acquiescé de longue date. Selon l'arbitre, le Syndicat était préclus d'exiger le respect strict des droits que lui confèrent les dispositions

was dismissed on the basis that the arbitrator's award was reasonable. The Court of Appeal held that correctness was the governing standard of review and it set aside the estoppel imposed by the arbitrator.

Held: The appeal should be allowed.

Broadly stated, the issue is whether arbitral awards that apply common law or equitable remedies are for that reason subject to judicial review for correctness. It is well established that, as a general rule, reasonableness is the standard of review governing arbitral awards under a collective agreement. The equitable remedy of estoppel imposed here by the arbitrator does not involve a question of central importance to the legal system as a whole that was beyond the expertise of the arbitrator. It therefore cannot be said to fall within that established category of question — nor any other — subject to review for correctness. Furthermore, a contextual analysis confirms that reasonableness, not correctness, is the appropriate standard of review. Deference is appropriate in this case.

Rigidity in the dispute resolution process risks not only the disintegration of the relationship, but also industrial discord. Labour arbitrators require the flexibility to craft appropriate remedial doctrines when the need arises. Labour arbitrators are not legally bound to apply equitable and common law principles — including estoppel — in the same manner as courts of law. Labour arbitrators may properly develop doctrines and fashion remedies appropriate in their field, drawing inspiration from general legal principles, the objectives and purposes of the statutory scheme, the principles of labour relations, the nature of the collective bargaining process, and the factual matrix of the grievances of which they are seized. The broad mandate of arbitrators flows from the broad grant of authority vested in arbitrators by collective agreements, statutes such as *The Labour Relations Act* (“LRA”), and from their distinctive role in fostering peace in industrial relations. They are well equipped by their expertise to adapt the legal and equitable doctrines they find relevant within the sphere of arbitral creativity. The domain reserved to arbitral discretion is by no means boundless. An arbitral award that flexes a common law or equitable principle in a manner that does not reasonably respond to the distinctive nature of labour relations

litigieuses de la convention collective jusqu'à l'expiration de cette dernière. La demande de contrôle judiciaire présentée par le Syndicat a été rejetée au motif que la sentence arbitrale était raisonnable. La Cour d'appel, estimant que la norme applicable était celle de la décision correcte, a annulé la conclusion de l'arbitre selon laquelle il y avait préclusion.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli.

Définie largement, la question consiste à déterminer si les sentences arbitrales qui mettent en jeu des réparations de common law ou d'equity sont, de ce fait, assujetties au contrôle judiciaire selon la norme de la décision correcte. Il est bien établi que, règle générale, c'est la norme de la raisonabilité qui s'applique aux sentences arbitrales prononcées en vertu d'une convention collective. En l'espèce, la préclusion appliquée à titre de réparation d'equity par l'arbitre ne constitue pas une question qui revêt une importance capitale pour le système juridique dans son ensemble et est étrangère au domaine d'expertise de l'arbitre. Par conséquent, elle ne saurait appartenir à cette catégorie — ni à quelque autre catégorie — déjà établie de questions assujetties à la norme de la décision correcte. En outre, une analyse contextuelle vient confirmer qu'il convient d'appliquer la norme de la raisonabilité — plutôt que celle de la décision correcte. La déférence est justifiée en l'espèce.

Un processus rigide de règlement des différends risque non seulement de provoquer la désintégration de la relation, mais également de troubler la paix industrielle. Les arbitres en droit du travail ont toutefois besoin de la souplesse voulue pour façonner des solutions réparatrices lorsque la situation l'exige. Ils ne sont pas tenus juridiquement d'appliquer les principes de common law et d'equity, dont la préclusion, de la même manière que les tribunaux judiciaires. Ils peuvent, à bon droit, élaborer des doctrines et concevoir des réparations adéquates dans leur domaine, en s'inspirant des principes juridiques généraux, des buts et objectifs du régime législatif, des principes des relations du travail, de la nature du processus de négociation collective et du fondement factuel des griefs dont ils sont saisis. Le large mandat dont les arbitres sont investis découle du vaste pouvoir qui leur est conféré par les conventions collectives et les textes législatifs, comme la *Loi sur les relations du travail* (« Loi »), et de leur rôle particulier de promotion de la paix dans les relations industrielles. Grâce à leur expertise, ils ont tous les outils nécessaires pour adapter les doctrines de common law et d'equity qu'ils estiment pertinentes dans les limites de leur sphère de créativité. La sphère réservée au pouvoir discrétionnaire des arbitres n'est nullement dépourvue

necessarily remains subject to judicial review for its reasonableness.

Here, the labour arbitrator's award can hardly be considered unreasonable. His reasons are not just transparent and intelligible, but coherent as well. The arbitrator adapted and applied the equitable doctrine of estoppel in a manner reasonably consistent with the objectives and purposes of the *LRA*, the principles of labour relations, the nature of the collective bargaining process, and the factual matrix of P's grievance. The arbitrator's reasons are amply sufficient to explain why he imposed the remedy of estoppel in this case.

Cases Cited

Applied: *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *Smith v. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 SCC 7, [2011] 1 S.C.R. 160; **referred to:** *Agassiz School Division No. 13 (Re)*, [1997] M.G.A.D. No. 61 (QL); *Manitoba (Department of Family Services and Housing) and C.U.P.E., Loc. 2153 (Murdock) (Re)* (2005), 142 L.A.C. (4th) 173; *Ryan v. Moore*, 2005 SCC 38, [2005] 2 S.C.R. 53; *Toronto (City) v. C.U.P.E., Local 79*, 2003 SCC 63, [2003] 3 S.C.R. 77; *Toronto (City) Board of Education v. O.S.S.T.F., District 15*, [1997] 1 S.C.R. 487; *Parry Sound (District) Social Services Administration Board v. O.P.S.E.U., Local 324*, 2003 SCC 42, [2003] 2 S.C.R. 157; *Re Corporation of the City of Pentiction and Canadian Union of Public Employees, Local 608* (1978), 18 L.A.C. (2d) 307; *Montréal (City) v. Montreal Port Authority*, 2010 SCC 14, [2010] 1 S.C.R. 427; *Maracle v. Travellers Indemnity Co. of Canada*, [1991] 2 S.C.R. 50.

Statutes and Regulations Cited

Labour Relations Act, R.S.M. 1987, c. L10, ss. 121, 128(2).

APPEAL from a judgment of the Manitoba Court of Appeal (Monnin, Steel and Freedman J.J.A.), 2010 MBCA 55, 255 Man. R. (2d) 93, 486 W.A.C. 93, 319 D.L.R. (4th) 193, 194 L.A.C. (4th) 193, 5 Admin. L.R. (5th) 291, 85 C.C.E.L. (3d) 163, [2010] 7 W.W.R. 1, 2010 CLLC ¶220-034, [2010] M.J. No. 166 (QL), 2010 CarswellMan 217, reversing a decision of Bryk J., 2009 MBQB 213, 243 Man. R. (2d) 281, 98 Admin. L.R. (4th) 266, 2009

de limites. La sentence arbitrale qui prête à un principe de common law ou d'équité une application qui n'est pas raisonnablement adaptée à la nature distinctive des relations du travail demeure forcément assujettie au contrôle judiciaire selon la norme de la raisonabilité.

En l'espèce, on peut difficilement qualifier de déraisonnable la sentence prononcée par l'arbitre. Ses motifs sont non seulement transparents et intelligibles, mais aussi cohérents. L'arbitre a adapté et appliqué la doctrine d'équité que constitue la préclusion d'une manière raisonnablement conforme aux buts et objectifs de la *Loi*, aux principes des relations du travail, à la nature du processus de négociation collective et au fondement factuel du grief de P. Les motifs de l'arbitre expliquent amplement les raisons qui l'ont amené en l'espèce à appliquer la préclusion à titre de réparation.

Jurisprudence

Arrêts appliqués : *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Smith c. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 CSC 7, [2011] 1 R.C.S. 160; **arrêts mentionnés :** *Agassiz School Division No. 13 (Re)*, [1997] M.G.A.D. No. 61 (QL); *Manitoba (Department of Family Services and Housing) and C.U.P.E., Loc. 2153 (Murdock) (Re)* (2005), 142 L.A.C. (4th) 173; *Ryan c. Moore*, 2005 CSC 38, [2005] 2 R.C.S. 53; *Toronto (Ville) c. S.C.F.P., section locale 79*, 2003 CSC 63, [2003] 3 R.C.S. 77; *Conseil de l'éducation de Toronto (Cité) c. F.E.E.E.S.O., district 15*, [1997] 1 R.C.S. 487; *Parry Sound (district), Conseil d'administration des services sociaux c. S.E.E.F.P.O., section locale 324*, 2003 CSC 42, [2003] 2 R.C.S. 157; *Re Corporation of the City of Pentiction and Canadian Union of Public Employees, Local 608* (1978), 18 L.A.C. (2d) 307; *Montréal (Ville) c. Administration portuaire de Montréal*, 2010 CSC 14, [2010] 1 R.C.S. 427; *Maracle c. Travellers Indemnity Co. of Canada*, [1991] 2 R.C.S. 50.

Lois et règlements cités

Loi sur les relations du travail, L.R.M. 1987, ch. L10, art. 121, 128(2).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Manitoba (les juges Monnin, Steel et Freedman), 2010 MBCA 55, 255 Man. R. (2d) 93, 486 W.A.C. 93, 319 D.L.R. (4th) 193, 194 L.A.C. (4th) 193, 5 Admin. L.R. (5th) 291, 85 C.C.E.L. (3d) 163, [2010] 7 W.W.R. 1, 2010 CLLC ¶220-034, [2010] M.J. No. 166 (QL), 2010 CarswellMan 217, qui a infirmé une décision du juge Bryk, 2009 MBQB 213, 243 Man. R. (2d) 281, 98 Admin. L.R. (4th) 266, 2009

CLLC ¶220-048, [2009] M.J. No. 289 (QL), 2009 CarswellMan 386. Appeal allowed.

Bryan P. Schwartz, William S. Gardner and Todd C. Andres, for the appellant.

Jacob Giesbrecht, for the respondent.

Jonathan Eades and Meghan Butler, for the intervenor.

The judgment of the Court was delivered by

FISH J. —

I

[1] An experienced labour arbitrator endorsed in this case the union's interpretation of vacation benefit clauses in its collective agreement with the employer — but imposed an estoppel on the union's claim for redress.

[2] Essentially, the arbitrator held that the union was barred by its long-standing acquiescence from grieving the employer's application of the disputed provisions. Given the employer's consistent and open practice of calculating vacation entitlements as it did, and the employer's detrimental reliance on the union's acquiescence, it would be unfair, the arbitrator found, for the union to now hold the employer to the strict terms of the collective agreement in that regard.

[3] The union's application for judicial review was dismissed in the Manitoba Court of Queen's Bench on the ground that the arbitrator's award was reasonable (2009 MBQB 213, 243 Man. R. (2d) 281). The Manitoba Court of Appeal held that *correctness* — not reasonableness — was the governing standard of review (2010 MBCA 55, 255 Man. R. (2d) 93). Applying that standard here, the Court of Appeal set aside the estoppel imposed by the arbitrator.

CLLC ¶220-048, [2009] M.J. No. 289 (QL), 2009 CarswellMan 386. Pourvoi accueilli.

Bryan P. Schwartz, William S. Gardner et Todd C. Andres, pour l'appelante.

Jacob Giesbrecht, pour l'intimée.

Jonathan Eades et Meghan Butler, pour l'intervenant.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE FISH —

I

[1] En l'espèce, un arbitre d'expérience en droit du travail a donné raison au syndicat quant à l'interprétation des dispositions sur les crédits de congés annuels incluses dans la convention collective, mais il a appliqué la préclusion à sa demande de réparation.

[2] Essentiellement, l'arbitre a conclu que le syndicat ne pouvait pas contester la façon dont l'employeur appliquait les dispositions litigieuses, parce qu'il y avait acquiescé de longue date. Compte tenu de la formule de calcul des congés annuels adoptée systématiquement et ouvertement par l'employeur et du fait que ce dernier avait agi à son détriment sur la foi de l'acquiescement du syndicat, il serait inéquitable, selon l'arbitre, que le syndicat contraigne maintenant l'employeur à respecter strictement les termes de la convention collective à cet égard.

[3] La Cour du Banc de la Reine du Manitoba a rejeté la demande de contrôle judiciaire présentée par le syndicat, parce qu'elle estimait que la sentence arbitrale était raisonnable (2009 MBQB 213, 243 Man. R. (2d) 281). La Cour d'appel du Manitoba a statué que la norme de contrôle applicable n'était pas la norme de la raisonabilité, mais la norme de la *décision correcte* (2010 MBCA 55, 255 Man. R. (2d) 93). Suivant celle-ci, la Cour d'appel a annulé l'application de la préclusion par l'arbitre.

[4] In my respectful view, the Court of Appeal erred in reviewing the arbitrator's decision for correctness: reasonableness is the applicable standard.

[5] Labour arbitrators are not legally bound to apply equitable and common law principles — including estoppel — in the same manner as courts of law. Theirs is a different mission, informed by the particular context of labour relations.

[6] To assist them in the pursuit of that mission, arbitrators are given a broad mandate in adapting the legal principles they find relevant to the grievances of which they are seized. They must, of course, exercise that mandate reasonably, in a manner that is consistent with the objectives and purposes of the statutory scheme, the principles of labour relations, the nature of the collective bargaining process, and the factual matrix of the grievance.

[7] The arbitrator's decision in this case falls well within those bounds. I would allow the appeal and restore his award.

II

[8] At the time of her grievance in July 2008, Jacqueline Plaisier had been employed continuously for 20 years — though at times only on a casual basis — by Nor-Man Regional Health Authority Inc. (“Nor-Man”).

[9] Ms. Plaisier contended that she was entitled upon 20 years of employment to a “bonus” week of vacation pursuant to arts. 1104 and 1105 of the collective agreement between Nor-Man and Ms. Plaisier's union, the Manitoba Association of Health Care Professionals (the “Union”). Nor-Man denied her request on the ground that, in its view, Ms. Plaisier's time as a casual employee did not count for the purposes of art. 1105.

[4] Avec égards, j'estime que la Cour d'appel a commis une erreur en révisant la décision de l'arbitre selon la norme de la décision correcte : la norme applicable est celle de la raisonnablement.

[5] Les arbitres en droit du travail ne sont pas tenus juridiquement d'appliquer les principes de common law et d'équité, dont la préclusion, de la même manière que les tribunaux judiciaires. Leur mission est différente, car elle tient compte du contexte particulier des relations du travail.

[6] Pour les aider à s'acquitter de cette mission, on a confié aux arbitres un large mandat qui leur permet d'adapter les principes juridiques qu'ils estiment pertinents aux griefs dont ils sont saisis. Dans l'exécution de ce mandat, ils doivent bien entendu agir raisonnablement, en accord avec les buts et objectifs du régime législatif, les principes des relations du travail, la nature du processus de négociation collective et le fondement factuel du grief.

[7] En l'espèce, la décision de l'arbitre respecte largement ces limites. Je suis d'avis d'accueillir l'appel et de rétablir la sentence arbitrale.

II

[8] Lorsqu'elle a déposé son grief, en juillet 2008, Jacqueline Plaisier comptait 20 ans de service ininterrompu — bien qu'elle ait travaillé à titre d'employée occasionnelle, à certains moments — pour la Nor-Man Regional Health Authority Inc. (« Nor-Man »).

[9] M^{me} Plaisier prétendait avoir droit à une semaine de congé annuel « en prime » l'année de son 20^e anniversaire d'entrée en service, conformément aux art. 1104 et 1105 de la convention collective intervenue entre Nor-Man et le syndicat la représentant, soit la Manitoba Association of Health Care Professionals (le « Syndicat »). Nor-Man lui a refusé ce congé au motif que, selon son interprétation, les périodes d'emploi à titre occasionnel de M^{me} Plaisier ne comptaient pas pour l'application de l'art. 1105.

[10] Articles 1104 and 1105 of the collective agreement provided during the relevant period as follows:

1104 Employees shall be entitled to paid vacation, calculated on the basis of vacation earned at the following rates:

<u>Length of Employment</u>	<u>Rate at which vacation earned</u>
In the first (1 st) to third (3 rd) year inclusive	Twenty (20) working days per year*
In the fourth (4 th) to [tenth] (10 th) year inclusive	Twenty-five (25) working days per year
In the eleventh (11 th) to twentieth (20 th) year inclusive	Thirty (30) working days per year
In the twenty-first (21 st) and subsequent years	Thirty-five [(35)] working days per year

*for employees hired prior to August 31, 1989, the rate shall be “twenty-one” (21) days instead of “twenty” (20).

1105 An additional week of paid vacation shall be granted to an employee in the year of her twentieth (20th) anniversary of employment, and at five (5) year intervals thereafter. Such additional vacation shall be taken in the vacation year during which the anniversary will occur. This provision shall apply to all employees employed on August 31, 1989. It ceases to apply to employees hired after August 31, 1989.

[11] In denying her request, Nor-Man advised Ms. Plaisier that her “anniversary of employment” under art. 1105 was, at the earliest, May 30, 1999 — the date she began to accrue seniority. Under the collective agreement, her casual employment did not count toward seniority. It therefore had no bearing, according to Nor-Man,

[10] Au cours de la période pertinente, les art. 1104 et 1105 de la convention collective étaient ainsi libellés :

[TRADUCTION]

1104 Les employées ont droit à des congés annuels payés, calculés en fonction des crédits qu’elles acquièrent selon les modalités suivantes :

<u>Durée d’emploi</u>	<u>Rythme d’acquisition des crédits de congés annuels</u>
De la première (1 ^{re}) à la troisième (3 ^e) année, inclusivement	Vingt (20) jours ouvrables par année*
De la quatrième (4 ^e) à la [dixième] (10 ^e) année, inclusivement	Vingt-cinq (25) jours ouvrables par année
De la onzième (11 ^e) à la vingtième (20 ^e) année, inclusivement	Trente (30) jours ouvrables par année
À compter de la vingt-et-unième (21 ^e) année	Trente-cinq [(35)] jours ouvrables par année

*Les employées engagées avant le 31 août 1989 acquièrent « vingt-et-un » (21) jours de crédits de congés au lieu de « vingt » (20).

1105 Une semaine supplémentaire de congés annuels payés est accordée à l’employée au cours de l’année où survient son vingtième (20^e) anniversaire d’entrée en service, et tous les cinq (5) ans par la suite. Les congés supplémentaires doivent être pris au cours de l’année de congé annuel où survient la date anniversaire. La présente disposition s’applique aux employées en poste le 31 août 1989. Elle ne s’applique pas aux employées engagées après le 31 août 1989.

[11] Lors du rejet de la demande de congé, Nor-Man a informé M^{me} Plaisier que son « anniversaire d’entrée en service » visé à l’art. 1105 ne pouvait être fondé sur une date antérieure au 30 mai 1999, date à laquelle elle avait commencé à accumuler de l’ancienneté. Suivant la convention collective, ses périodes d’emploi à titre occasionnel ne comptaient

on Ms. Plaisier's eligibility for a bonus week of vacation.

[12] Since 1988, Nor-Man had consistently applied arts. 1104 and 1105 according to the "seniority date" of its employees. And the Union had never challenged this practice until Ms. Plaisier's grievance — some twenty years and at least five collective agreements later.

III

[13] Ms. Plaisier's grievance went to arbitration under *The Labour Relations Act*, R.S.M. 1987, c. L10 ("LRA"), before a sole arbitrator, R. A. Simpson. Two main issues were dealt with at the grievance arbitration: (1) What is the correct interpretation of arts. 1104 and 1105 of the collective agreement? and (2) Is the Union estopped from asserting its rights accordingly? ([2008] M.G.A.D. No. 30 (QL)).

[14] On the first issue, the arbitrator endorsed the Union's interpretation of arts. 1104 and 1105. He explained his conclusion this way:

Length of employment is not necessarily synonymous with seniority, but is the period of time during which the employee has been continuously employed by the employer. . . . There are employment settings where each casual engagement may reflect a new employment relationship. There are employment settings where a change in status to or from casual and permanent will cause a break in the employment relationship. Here, no such break occurs. . . . Although there have been many changes in [Ms. Plaisier's] status throughout her career, she has been employed by the Employer since July 12, 1988. That would be her employment date for determining length of employment and anniversary of employment under Articles 1104 and 1105 of the Collective Agreement. [para. 89]

[15] After concluding that the Union's interpretation of arts. 1104 and 1105 was correct, the arbitrator declined to enforce them accordingly.

pas dans le calcul de l'ancienneté. Selon Nor-Man, elles ne comptaient donc pas pour les années de service ouvrant droit à la semaine de congé supplémentaire.

[12] Depuis 1988, Nor-Man avait toujours appliqué les art. 1104 et 1105 en se fondant sur la « date d'ancienneté » de ses employés. Le Syndicat n'avait jamais contesté cette pratique avant le dépôt du grief de M^{me} Plaisier, quelque vingt ans et au moins cinq conventions collectives plus tard.

III

[13] Le grief de M^{me} Plaisier a été soumis à un arbitre, R. A. Simpson, conformément à la *Loi sur les relations du travail*, L.R.M. 1987, ch. L10 (« Loi »). Deux questions principales ont été examinées lors de l'arbitrage du grief : (1) Comment les art. 1104 et 1105 de la convention collective devaient-ils être interprétés? (2) Le Syndicat était-il préclus de faire valoir cette interprétation en l'espèce? ([2008] M.G.A.D. No. 30 (QL)).

[14] En ce qui concerne la première question, l'arbitre a accepté l'interprétation des art. 1104 et 1105 proposée par le Syndicat et il a expliqué sa conclusion en ces termes :

[TRADUCTION] La durée d'emploi n'est pas forcément synonyme d'ancienneté, mais représente la période ininterrompue pendant laquelle l'employé a été au service de l'employeur. [. . .] Dans certains milieux de travail, chaque période d'emploi à titre occasionnel correspond à une nouvelle relation d'emploi; dans d'autres, un changement de statut — d'employé occasionnel à employé permanent, ou vice versa — interrompt la relation d'emploi. En l'espèce, il n'y a eu aucune interruption de ce genre. [. . .] Bien que le statut [de M^{me} Plaisier] ait changé maintes fois au cours de sa carrière, elle est au service de l'Employeur depuis le 12 juillet 1988. Cette date constitue sa date d'entrée en service aux fins de la détermination de la durée de son emploi et de sa date anniversaire d'entrée en service pour l'application des articles 1104 et 1105 de la Convention collective. [par. 89]

[15] Après avoir conclu que l'interprétation des art. 1104 et 1105 proposée par le Syndicat était la bonne, l'arbitre a refusé d'en ordonner l'application en conséquence.

[16] On this branch of the grievance, the arbitrator reasoned as follows:

Having regard to the Statement of Agreed Facts, the accompanying exhibits, and the viva voce testimony, the Employer's practice has been long standing, consistent, and open. All employees were made aware of the practice through the annual Employees Confirmation of Vacation Sheets, and all employees and the Union were made aware of the practice through the annual Seniority Reports, both provided and posted. Questions pertaining to the practice have been asked and answered. If the Union was not aware, it certainly ought to have been aware of the Employer's application of Articles 1104 and 1105. It would be unfair to permit the Union to enforce its interpretation of Articles 1104 and 1105. The Employer was entitled to assume that the Union had accepted its practice, and to rely on that acceptance in not seeking to negotiate a change or to exercise a right to effect a service break with a change in employment status. [para. 96]

[17] The arbitrator cited with approval two arbitral precedents in which the doctrine of estoppel was similarly applied in a labour relations context (*Agassiz School Division No. 13 (Re)*, [1997] M.G.A.D. No. 61 (QL) (Arbitrator Graham) ("Agassiz"), and *Manitoba (Department of Family Services and Housing) and C.U.P.E., Loc. 2153 (Murdock) (Re)* (2005), 142 L.A.C. (4th) 173 (Arbitrator Peltz) ("*Murdock*").

[18] In both instances, the employer was found by the arbitrator to have applied the relevant clauses of its collective agreement incorrectly — in *Agassiz*, for at least twenty-five years; in *Murdock*, for at least three. And in both instances, estoppel was imposed against the union for reasons that in essence mirror the arbitral award in this case.

[19] Both arbitrators were alive to the foundational principles of estoppel. Essentially, they both found that the union was fixed with knowledge — constructive, if not actual — of the employer's mistaken application of the disputed clauses throughout the relevant time; that the union's silence

[16] Sur ce volet du grief, l'arbitre a tiré les conclusions suivantes :

[TRADUCTION] L'énoncé conjoint des faits, les pièces jointes et les témoignages de vive voix révèlent que cette pratique de l'Employeur est appliquée depuis longtemps, systématiquement et ouvertement. Cette pratique a été révélée à tous les employés, grâce aux Relevés de confirmation des congés des employés produits annuellement, ainsi qu'à tous les employés et au Syndicat, grâce aux rapports d'ancienneté annuels, distribués et affichés. Des questions ont été posées et des réponses ont été fournies relativement à cette pratique. Si le Syndicat n'était pas au courant de la façon dont l'Employeur appliquait les articles 1104 et 1105, il aurait certainement dû l'être. Il serait inéquitable de permettre au Syndicat d'imposer son interprétation des articles 1104 et 1105. L'Employeur était en droit de présumer que le Syndicat avait accepté sa pratique et d'agir sur la foi de cette acceptation en s'abstenant de négocier une modification ou d'exercer le droit de décider qu'un changement de statut de l'employé entraîne une interruption de service. [par. 96]

[17] L'arbitre a cité et approuvé deux précédents dans lesquels un arbitre a appliqué de manière similaire la doctrine de la préclusion dans le contexte des relations du travail (*Agassiz School Division No. 13 (Re)*, [1997] M.G.A.D. No. 61 (QL) (arbitre Graham) (« Agassiz »), et *Manitoba (Department of Family Services and Housing) and C.U.P.E., Loc. 2153 (Murdock) (Re)* (2005), 142 L.A.C. (4th) 173 (arbitre Peltz) (« *Murdock* »)).

[18] Dans ces deux cas, l'arbitre a conclu que l'employeur en cause avait appliqué incorrectement les dispositions pertinentes de la convention collective — pendant au moins vingt-cinq ans dans *Agassiz*, et pendant au moins trois ans dans *Murdock* — et que la préclusion l'empêchait de donner gain de cause au syndicat, pour des motifs correspondant essentiellement à ceux sur lesquels repose la sentence arbitrale dont nous sommes ici saisis.

[19] Les deux arbitres étaient au fait des principes fondamentaux de la préclusion. Essentially, ils ont tiré les conclusions suivantes : le syndicat avait connaissance — de droit, sinon de fait — de la façon incorrecte dont l'employeur appliquait les dispositions litigieuses de la convention collective pendant

amounted to acquiescence in the employer's practice; that this sufficiently fulfilled the intention requirement of estoppel; that the employer could reasonably rely on the union's acquiescence; that the employer's reliance was to its detriment; and that all of this had the effect of altering the legal relations between the parties.

[20] Thus, in *Murdock*, the arbitrator first reviewed in detail the essential elements of an estoppel, its effects, and the arbitral award in *Agassiz*. He then concluded as follows:

... there was a representation by silence in this case, sufficient to meet the test for an equitable estoppel and barring the Union from asserting its strict legal rights under Article 15.03(a) of the collective agreement. While the Union did not know about the practice, it had constructive or imputed notice. Under all the circumstances, it would be inequitable to allow the Union to enforce its rights against the Employer after a period of acquiescence which extended into collective bargaining. [p. 192]

[21] The arbitrator in this case applied *Agassiz* and *Murdock* to the facts as he found them and, as I have already mentioned, imposed an estoppel against the Union. This estoppel was to terminate upon the expiry of the collective agreement, on March 31, 2010.

[22] The Union's application for judicial review was dismissed in the Manitoba Court of Queen's Bench, where Bryk J. held that the appropriate standard of review was reasonableness. In his view, this followed from the existence of a privative clause in the *LRA* and the nature of the disputed issue — a mixed question of fact and law that was neither of central importance to the legal system as a whole nor beyond the expertise of the arbitrator.

[23] Bryk J. then concluded that the arbitrator's decision was not unreasonable. He found that it was intelligible, justifiable and "[f]ell] within a range of

toute la période pertinente; le silence du syndicat valait acquiescement à la pratique de l'employeur; cela suffisait pour établir l'intention requise pour qu'il y ait préclusion; l'employeur pouvait raisonnablement agir sur la foi de l'acquiescement du syndicat; l'employeur a agi sur la foi de celui-ci à son détriment. L'ensemble de ces éléments, selon les arbitres, avait pour effet de modifier les relations juridiques entre les parties.

[20] Ainsi, dans *Murdock*, l'arbitre a d'abord passé en revue les éléments essentiels de la préclusion, ses effets et la sentence arbitrale prononcée dans *Agassiz*, puis il a tiré la conclusion suivante :

[TRANSLATION] ... en l'espèce, une assertion a résulté du silence, qui suffisait pour répondre aux critères d'application de la préclusion en equity et empêchait le Syndicat d'exiger le respect strict des droits en common law que lui conférait l'alinéa 15.03a) de la convention collective. Même si le Syndicat n'était pas au courant de cette pratique, il en avait connaissance de droit ou imputée. Compte tenu de toutes ces circonstances, il serait inéquitable de permettre au Syndicat d'exiger le respect de ses droits de la part de l'Employeur après une période d'acquiescement qui s'est poursuivie pendant la négociation collective. [p. 192]

[21] En l'espèce, l'arbitre a appliqué les décisions *Agassiz* et *Murdock* à ses constatations de fait et, comme je l'ai déjà mentionné, il a opposé la préclusion au Syndicat. Cette préclusion devait prendre fin à l'expiration de la convention collective, le 31 mars 2010.

[22] La Cour du Banc de la Reine du Manitoba a rejeté la demande de contrôle judiciaire présentée par le Syndicat. Le juge Bryk a statué que la norme de contrôle applicable était celle de la raisonabilité, compte tenu de l'existence d'une clause privative dans la *Loi* et de la nature de la question en litige — une question mixte de fait et de droit qui ne revêtait pas une importance capitale pour le système juridique dans son ensemble et qui n'était pas étrangère au domaine d'expertise de l'arbitre.

[23] Le juge Bryk a ensuite conclu que la décision de l'arbitre n'était pas déraisonnable. À son avis, elle était intelligible, justifiable et appartenait

possible, acceptable outcomes which are defensible in respect of the facts and law” (*Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, at para. 47).

[24] The Manitoba Court of Appeal held that Bryk J. had erred in applying the reasonableness standard of review to the arbitrator’s finding of estoppel. In the court’s view, correctness was the applicable standard since the arbitrator’s finding of estoppel raised a question of law that was of central importance to the legal system as a whole and did not fall within the expertise of labour arbitrators (*Dunsmuir*, at paras. 55 and 60).

[25] The Court of Appeal then concluded that the arbitrator had misconstrued the doctrine of promissory estoppel. It held that promissory estoppel, as a matter of law, requires a finding that the promisor intended to affect its legal relations with the promisee. Yet here, the arbitrator had found only that the promisor (the Union) ought to have known how the promisee (Nor-Man) was calculating employees’ vacation entitlements, and had made no finding as to the Union’s intent.

[26] On this ground alone, the Court of Appeal set aside the arbitrator’s finding of estoppel.

[27] For the sake of clarity, I pause here to mention that the arbitrator never mentioned “promissory estoppel”. Nor did he purport to apply the doctrine of promissory estoppel as a matter of law. Rather, like the precedents on which he relied, the arbitrator simply referred to the remedy he awarded as an “estoppel”.

[28] In fairness to the Court of Appeal, I acknowledge that the estoppel applied by the arbitrator resembles promissory estoppel more closely than any of the other estoppels identified by this Court in *Ryan v. Moore*, 2005 SCC 38, [2005] 2 S.C.R.

« aux issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit » (*Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, par. 47).

[24] La Cour d’appel du Manitoba a conclu que le juge Bryk avait fait erreur en appliquant la norme de contrôle de la raisonabilité à la conclusion de l’arbitre selon laquelle il y avait préclusion. La cour estimait que la norme applicable était celle de la décision correcte, puisque la conclusion de l’arbitre au sujet de la préclusion mettait en jeu une question de droit qui revêtait une importance capitale pour le système de justice dans son ensemble et qui était étrangère au domaine d’expertise des arbitres en droit du travail (*Dunsmuir*, par. 55 et 60).

[25] La Cour d’appel a ensuite conclu que l’arbitre avait mal interprété la doctrine de la préclusion promissoire. Elle a déclaré que le concept juridique de la préclusion promissoire exige, de la part de l’auteur de la promesse, l’intention de modifier ses relations juridiques avec le destinataire de la promesse. Or, en l’espèce, l’arbitre avait simplement conclu que l’auteur de la promesse (le Syndicat) aurait dû connaître la méthode de calcul des congés annuels adoptée par le destinataire de la promesse (Nor-Man), sans tirer quelque conclusion que ce soit sur l’intention du Syndicat.

[26] Pour ce seul motif, la Cour d’appel a annulé la conclusion de l’arbitre selon laquelle il y avait préclusion.

[27] Par souci de clarté, je précise que l’arbitre n’a jamais mentionné la [TRADUCTION] « préclusion promissoire ». Il ne prétendait pas non plus appliquer le concept juridique de préclusion promissoire. Il a simplement utilisé le terme [TRADUCTION] « préclusion » pour désigner la réparation qu’il a accordée, comme cela avait été fait dans les précédents sur lesquels il s’est appuyé.

[28] En toute justice pour la Cour d’appel, je reconnais que la préclusion appliquée par l’arbitre tient plus de la préclusion promissoire que de tout autre type de préclusion recensé par la Cour dans *Ryan c. Moore*, 2005 CSC 38, [2005] 2 R.C.S. 53,

53, at para. 52. It nonetheless remains *an arbitral remedy* and not a strict application by the arbitrator of the doctrine of promissory estoppel applicable in courts of law.

IV

[29] The standard of review applicable in this case is governed by *Dunsmuir*.

[30] *Dunsmuir* makes clear that “[a]n exhaustive review is not required in every case to determine the proper standard of review” (para. 57). A reviewing court should therefore first inquire “whether the jurisprudence has already determined in a satisfactory manner the degree of deference to be accorded with regard to a particular category of question” (*Dunsmuir*, at para. 62; *Smith v. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 SCC 7, [2011] 1 S.C.R. 160, at para. 24). Only where this “first inquiry proves unfruitful, [must courts] proceed to an analysis of the factors making it possible to identify the proper standard of review” (*Dunsmuir*, at para. 62).

[31] Prevailing case law clearly establishes that arbitral awards under a collective agreement are subject, as a general rule, to the reasonableness standard of review.

[32] Stated narrowly, the issue on this appeal is whether the arbitrator’s imposition of an estoppel brings his award within an exception to that general rule. Stated more broadly, the issue is whether arbitral awards that apply common law or equitable remedies are for that reason subject to judicial review for correctness.

[33] Stated either way, the issue comes before us squarely for the first time in this case. And, as we have seen, the courts below reached opposing conclusions as to the governing standard of review.

[34] In this light, I think it best to adhere, in substance if not in form, to the analytical template set out in *Dunsmuir* and adopted in *Smith*. This

par. 52. Il n’en demeure pas moins qu’il s’agit d’une *réparation fixée par un arbitre* et non de la doctrine de la préclusion promissoire telle qu’elle est appliquée par les tribunaux judiciaires.

IV

[29] La norme de contrôle applicable en l’espèce doit être déterminée suivant les principes établis dans *Dunsmuir*.

[30] L’arrêt *Dunsmuir* établit clairement qu’« [i]l n’est pas toujours nécessaire de se livrer à une analyse exhaustive pour arrêter la bonne norme de contrôle » (par. 57). En effet, la cour de révision doit vérifier d’abord « si la jurisprudence établit déjà de manière satisfaisante le degré de déférence correspondant à une catégorie de questions en particulier » (*Dunsmuir*, par. 62; *Smith c. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 CSC 7, [2011] 1 R.C.S. 160, par. 24). C’est seulement lorsque « cette démarche se révèle infructueuse, [que le tribunal] entreprend l’analyse des éléments qui permettent d’arrêter la bonne norme de contrôle » (*Dunsmuir*, par. 62).

[31] La jurisprudence dominante établit clairement que, règle générale, les sentences arbitrales rendues en vertu d’une convention collective sont assujetties à la norme de contrôle de la raisonabilité.

[32] Définie étroitement, la question en litige est celle de savoir si la décision de l’arbitre fait exception à cette règle générale du fait qu’il a appliqué la préclusion. Définie largement, elle consiste à déterminer si les sentences arbitrales qui mettent en jeu des réparations de common law ou d’equity sont, de ce fait, assujetties au contrôle judiciaire selon la norme de la décision correcte.

[33] Peu importe la façon dont cette question est formulée, c’est la première fois qu’elle nous est soumise directement et, comme nous l’avons vu, les juridictions inférieures sont arrivées à des conclusions opposées sur la norme de contrôle applicable.

[34] Compte tenu de ce qui précède, j’estime qu’il vaut mieux utiliser — sur le plan du fond, si ce n’est de la forme — le cadre analytique établi

will serve to explain why reasonableness — not correctness — is the appropriate standard in cases such as this. And it will help to determine whether the award conforms to that standard.

V

[35] An administrative tribunal's decision will be reviewable for correctness if it raises a constitutional issue, a question 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'", or a "true question of jurisdiction or *vires*". It will be reviewable for correctness as well if it involves the drawing of jurisdictional lines between two or more competing specialized tribunals (*Dunsmuir*, at paras. 58-61; *Smith*, at para. 26; *Toronto (City) v. C.U.P.E., Local 79*, 2003 SCC 63, [2003] 3 S.C.R. 77 ("*Toronto (City)*"), at para. 62, *per* LeBel J.).

[36] The standard of reasonableness, on the other hand, normally prevails where the tribunal's decision raises issues of fact, discretion or policy; involves inextricably intertwined legal and factual issues; or relates to the interpretation of the tribunal's enabling (or "home") statute or "statutes closely connected to its function, with which it will have particular familiarity" (*Dunsmuir*, at paras. 51 and 53-54; *Smith*, at para. 26).

[37] In this case, the Court of Appeal held, as mentioned earlier, that correctness was the governing standard because, in its view, the issue involved a question of central importance to the legal system as a whole that was beyond the expertise of the arbitrator.

[38] With respect, I see the matter differently. Our concern here is with an estoppel imposed as a remedy by an arbitrator seized of a grievance in virtue of a collective agreement. No aspect of this remedy transforms it into a question of general law "that is both of central importance to the legal system as a whole and outside the adjudicator's

dans *Dunsmuir* et adopté dans *Smith*. Cette façon de faire nous permettra d'expliquer pourquoi il convient d'appliquer la norme de la raisonabilité, plutôt que celle de la décision correcte, aux instances semblables à celle-ci et nous aidera à déterminer si la sentence arbitrale respecte cette norme.

V

[35] La décision d'un tribunal administratif est assujettie à la norme de la décision correcte si elle soulève une question constitutionnelle; une question de « droit générale "à la fois, d'une importance capitale pour le système juridique dans son ensemble et étrangère au domaine d'expertise de l'arbitre" »; une « question touchant véritablement à la compétence »; ou une question portant sur la délimitation des compétences respectives de tribunaux spécialisés concurrents (*Dunsmuir*, par. 58-61; *Smith*, par. 26; *Toronto (Ville) c. S.C.F.P., section locale 79*, 2003 CSC 63, [2003] 3 R.C.S. 77 (« *Toronto (Ville)* »), par. 62, le juge LeBel).

[36] En revanche, la norme de la raisonabilité l'emporte généralement lorsque la décision du tribunal administratif touche aux faits, au pouvoir discrétionnaire ou à la politique; lorsque les faits et le droit s'entrelacent et ne peuvent être facilement dissociés; ou lorsque le tribunal administratif interprète sa propre loi constitutive ou une « loi étroitement liée à son mandat et dont il a une connaissance approfondie » (*Dunsmuir*, par. 51 et 53-54; *Smith*, par. 26).

[37] Rappelons que la Cour d'appel a conclu que la norme de contrôle applicable en l'espèce était celle de la décision correcte, parce que la question revêtait à son avis une importance capitale pour le système juridique dans son ensemble et qu'elle était étrangère au domaine d'expertise de l'arbitre.

[38] Avec égards, je ne suis pas du même avis. Nous sommes en présence d'une préclusion appliquée à titre de réparation par un arbitre saisi d'un grief en vertu d'une convention collective. Aucun aspect de cette réparation n'en fait une question de droit générale « à la fois, d'une importance capitale pour le système juridique dans son ensemble et

specialized area of expertise” within the meaning of *Dunsmuir* (para. 60). It therefore cannot be said to fall within that established category of question — nor any other — subject to review for correctness pursuant to *Dunsmuir*.

[39] Moreover, the second step of the standard of review inquiry mandated by *Dunsmuir* — a contextual analysis — confirms that reasonableness, not correctness, is the appropriate standard of review.

[40] In proceeding to a contextual analysis, reviewing courts must remain sensitive to the tension between the rule of law and respect for legislatively endowed administrative bodies (*Dunsmuir*, at para. 27). Four non-exhaustive contextual factors have been identified in the jurisprudence to guide courts through this exercise: (1) the presence or absence of a privative clause; (2) the purposes of the tribunal; (3) the nature of the question at issue; and (4) the expertise of the tribunal (*Dunsmuir*, at para. 64).

[41] These contextual guideposts confirm that deference is appropriate in this case. As I noted earlier, they are of assistance as well in assessing the reasonableness of a contested arbitral remedy.

[42] As a starting point, it is well established that, as a general rule, reasonableness is the standard of review governing arbitral awards under a collective agreement: “This Court has often recognized the relative expertise of labour arbitrators in the interpretation of collective agreements, and counselled that the review of their decisions should be approached with deference” (*Dunsmuir*, at para. 68).

[43] In this case, as we have seen, the Court of Appeal found that the arbitrator’s imposition of an estoppel was an aspect of the award that fell outside the protected zone of deference. With respect, I disagree.

étrangère au domaine d’expertise de l’arbitre » au sens de l’arrêt *Dunsmuir* (par. 60). Par conséquent, elle ne saurait appartenir à cette catégorie — ni à quelque autre catégorie — déjà établie de questions assujetties à la norme de la décision correcte suivant l’arrêt *Dunsmuir*.

[39] En outre, la deuxième étape de l’examen relatif à la norme de contrôle exigé par *Dunsmuir* — une analyse contextuelle — confirme que c’est la norme de la raisonnabilité qui s’applique, et non celle de la décision correcte.

[40] En se livrant à une analyse contextuelle, la cour de révision doit demeurer sensible à la tension qui s’exerce entre la primauté du droit et le respect des organismes administratifs auxquels le législateur a conféré des pouvoirs (*Dunsmuir*, par. 27). La jurisprudence a relevé une liste non exhaustive de quatre facteurs contextuels pour guider les cours dans cet exercice : (1) l’existence ou l’inexistence d’une clause privative, (2) la raison d’être du tribunal administratif, (3) la nature de la question en cause et (4) l’expertise du tribunal administratif (*Dunsmuir*, par. 64).

[41] Ces indicateurs contextuels confirment que la déférence est justifiée en l’espèce. Comme je l’ai mentionné précédemment, ils sont également utiles à l’appréciation du caractère raisonnable d’une réparation contestée fixée par un arbitre.

[42] Tout d’abord, il est bien établi que, règle générale, c’est la norme de la raisonnabilité qui s’applique aux sentences arbitrales prononcées en vertu d’une convention collective : « La Cour a maintes fois reconnu l’expertise relative de l’arbitre dans l’interprétation d’une convention collective et préconisé le respect de sa décision à cet égard » (*Dunsmuir*, par. 68).

[43] Dans la présente affaire, comme nous l’avons vu, la Cour d’appel était d’avis que l’application de la préclusion par l’arbitre était un aspect de sa décision qui ne faisait pas partie des questions qui commandent la déférence. Avec égards, je ne partage pas cet avis.

[44] Common law and equitable doctrines emanate from the courts. But it hardly follows that arbitrators lack either the legal authority or the expertise required to adapt and apply them in a manner more appropriate to the arbitration of disputes and grievances in a labour relations context.

[45] On the contrary, labour arbitrators are authorized by their broad statutory and contractual mandates — and well equipped by their expertise — to adapt the legal and equitable doctrines they find relevant within the contained sphere of arbitral creativity. To this end, they may properly develop doctrines and fashion remedies appropriate in their field, drawing inspiration from general legal principles, the objectives and purposes of the statutory scheme, the principles of labour relations, the nature of the collective bargaining process, and the factual matrix of the grievances of which they are seized.

[46] This flows from the broad grant of authority vested in labour arbitrators by collective agreements and by statutes such as the *LRA*, which governs here. Pursuant to s. 121 of the *LRA*, for example, arbitrators and arbitration boards must consider not only the collective agreement but also “the real substance of the matter in dispute between the parties”. They are “*not bound by a strict legal interpretation of the matter in dispute*”. And their awards “provide a final and conclusive settlement of the matter submitted to arbitration”.

[47] The broad mandate of arbitrators flows as well from their distinctive role in fostering peace in industrial relations (*Toronto (City) Board of Education v. O.S.S.T.F., District 15*, [1997] 1 S.C.R. 487 (“*O.S.S.T.F., District 15*”), at para. 36; *Parry Sound (District) Social Services Administration Board v. O.P.S.E.U., Local 324*, 2003 SCC 42, [2003] 2 S.C.R. 157, at para. 17).

[48] Collective agreements govern the ongoing relationship between employers and their employees, as represented by their unions. When disputes

[44] Certes, les doctrines de common law et d’équité émanent des tribunaux, mais il ne s’ensuit pas pour autant que les arbitres sont dépourvus du pouvoir légal ou de l’expertise nécessaires pour les adapter et les appliquer de façon plus judicieuse à l’arbitrage de différends et de griefs dans le contexte des relations du travail.

[45] Au contraire, les arbitres en relations du travail, grâce à leurs larges mandats légal et contractuel — et à leur expertise —, ont tous les outils nécessaires pour adapter les doctrines de common law et d’équité qu’ils estiment pertinentes dans les limites de leur sphère circonscrite de créativité. Ils peuvent à bon droit, à cette fin, élaborer des doctrines et concevoir des réparations adéquates dans leur domaine, en s’inspirant des principes juridiques généraux, des buts et objectifs du régime législatif, des principes des relations du travail, de la nature du processus de négociation collective et du fondement factuel des griefs dont ils sont saisis.

[46] Cette latitude découle du large pouvoir conféré aux arbitres par les conventions collectives et les textes législatifs, comme la *Loi* qui s’applique dans le cas qui nous occupe. Par exemple, l’art. 121 de la *Loi* précise que l’arbitre ou le conseil d’arbitrage tient compte non seulement de la convention collective, mais également « de la substance réelle de la question en litige entre les parties ». Il « *n’est pas lié par une interprétation juridique stricte de la question en litige* », et sa sentence « règle de façon définitive et péremptoire la question soumise à l’arbitrage ».

[47] Le large mandat dont les arbitres sont investis découle également de leur rôle particulier de promotion de la paix dans les relations industrielles (*Conseil de l’éducation de Toronto (Cité) c. F.E.E.E.S.O., district 15*, [1997] 1 R.C.S. 487 (« *F.E.E.E.S.O., district 15* »), par. 36; *Parry Sound (district), Conseil d’administration des services sociaux c. S.E.E.F.P.O., section locale 324*, 2003 CSC 42, [2003] 2 R.C.S. 157, par. 17).

[48] Les conventions collectives régissent les rapports incessants entre les employeurs et leurs employés, qui sont représentés par leurs syndicats.

arise — and they inevitably will — the collective agreement is expected to survive, at least until the next round of negotiations. The peaceful continuity of the relationship depends on a system of grievance arbitration that is sensitive to the immediate and long-term interests of both the employees and the employer.

[49] Labour arbitrators are uniquely placed to respond to the exigencies of the employer-employee relationship. But they require the flexibility to craft appropriate remedial doctrines when the need arises: Rigidity in the dispute resolution process risks not only the disintegration of the relationship, but also industrial discord.

[50] These are the governing principles of labour arbitration in Canada. Their purpose and underlying rationale have long been well understood by arbitrators and academics alike. More than 30 years ago, Paul C. Weiler, then Chairman of the British Columbia Labour Relations Board and now Professor Emeritus at Harvard University, underlined their importance in a dispute of particular relevance here. He explained in the following terms why the doctrine of estoppel must be applied differently in a grievance arbitration than in a court of law:

... a collective bargaining relationship is quite a different animal. The union and the employer deal with each other for years and years through successive agreements and renewals. They must deal with a wide variety of problems arising on a day-to-day basis across the entire spectrum of employment conditions in the workplace, and often under quite general and ambiguous contract language. By and large, it is the employer which takes the initiative in making operational decisions within the framework of the collective agreement. If the union leadership does not like certain management actions, then it will object to them and will carry a grievance forward about the matter. The other side of that coin is that if management does take action, and the union officials are fully aware of it, and no objection is forthcoming, then the only reasonable inference the employer can draw is that its position is acceptable. Suppose the employer commits itself on that assumption. But the union later on takes a second look and

Lorsque surviennent des différends — et il en survient inévitablement —, on s'attend à ce que la convention collective survive, au moins jusqu'aux prochaines négociations. Le maintien harmonieux de cette relation repose sur un système d'arbitrage des griefs sensible aux intérêts immédiats et à long terme des employés et de l'employeur.

[49] Les arbitres en droit du travail sont particulièrement bien placés pour répondre aux exigences des relations entre employeur et employé. Ils ont toutefois besoin de la souplesse voulue pour façonner des solutions réparatrices lorsque la situation l'exige. En effet, un processus rigide de règlement des différends risque non seulement de provoquer la désintégration de la relation, mais également de troubler la paix industrielle.

[50] Voilà les principes qui régissent l'arbitrage en droit du travail au Canada. Leur objet et leur raison d'être sont depuis longtemps familiers aux arbitres et aux auteurs. Il y a plus de 30 ans, à l'époque où il présidait la commission des relations du travail de la Colombie-Britannique, Paul C. Weiler, aujourd'hui professeur émérite à l'Université Harvard, a souligné l'importance de ces principes dans un différend particulièrement pertinent en l'espèce. Il a expliqué en ces termes pourquoi la règle de la préclusion doit être appliquée différemment par un arbitre et une cour de justice :

[TRADUCTION] ... une relation régie par une convention collective est d'une tout autre nature. Le syndicat et l'employeur traitent l'un avec l'autre pendant des années, d'une convention et d'un renouvellement à l'autre. Ils doivent régler quotidiennement des problèmes très variés touchant l'éventail complet des conditions d'emploi, et ce, en appliquant des dispositions contractuelles souvent formulées en termes très généraux et ambigus. Dans la plupart des cas, les décisions opérationnelles prises dans le cadre de la convention collective procèdent de l'initiative de l'employeur. Si le syndicat n'approuve pas certaines décisions de la direction, il s'y opposera et présentera un grief. En revanche, dans le cas où le syndicat ne fait valoir aucune objection contre une mesure patronale dont il est pleinement conscient, la seule inférence raisonnable que l'employeur peut en tirer est que cette mesure est acceptable. Supposons que l'employeur décide d'agir sur la foi de cette inférence, mais que le syndicat réexamine la question par la suite,

feels that it might have a good argument under the collective agreement, and the union now asks the arbitrator to enforce its strict legal rights for events that have already occurred. It is apparent on its face that it would be inequitable and unfair to permit such a sudden reversal to the detriment of the other side. In the words of the Board in [*Corporation of the District of Burnaby and Canadian Union of Public Employees, Local 23*, [1978] 2 C.L.R.B.R. 99, at p. 103], “It is hard to imagine a better recipe for eroding the atmosphere of trust and co-operation which is required for good labour management relations, ultimately breeding industrial unrest in the relationship — all contrary to the objectives of the Labour Code”

(*Re Corporation of the City of Penticton and Canadian Union of Public Employees, Local 608* (1978), 18 L.A.C. (2d) 307 (B.C.L.R.B.), at p. 320)

[51] Reviewing courts must remain alive to these distinctive features of the collective bargaining relationship, and reserve to arbitrators the right to craft labour specific remedial doctrines. Within this domain, arbitral awards command judicial deference.

[52] But the domain reserved to arbitral discretion is by no means boundless. An arbitral award that flexes a common law or equitable principle in a manner that does not reasonably respond to the distinctive nature of labour relations necessarily remains subject to judicial review for its reasonableness.

[53] Other contextual factors favour judicial deference to labour arbitrators as they adopt and apply common law and equitable principles within their distinctive sphere: Section 128(2) of the *LRA* contains a privative clause in respect of labour arbitrators and boards of arbitration. They benefit from *institutional expertise* in resolving disputes arising under a collective agreement (*O.S.S.T.F., District 15*, at para. 37), even if they lack *personal expertise* in matters of law. *Dunsmuir* makes clear that, “at an institutional level, adjudicators . . . can be presumed to hold relative expertise in the interpretation of the legislation that gives them their mandate,

conclue qu’il pourrait faire valoir un argument valable fondé sur la convention collective et demande à l’arbitre d’ordonner rétroactivement le respect strict de ses droits en common law. Il serait de toute évidence injuste et inéquitable de permettre ce revirement soudain, au détriment de l’autre partie. Pour reprendre les propos du Conseil dans l’affaire [*Corporation of the District of Burnaby and Canadian Union of Public Employees, Local 23*, [1978] 2 C.L.R.B.R. 99, p. 103], « [i] est difficile d’imaginer meilleure recette pour miner le climat de confiance et l’esprit de collaboration essentiels à de saines relations patronales-syndicales et provoquer ultimement des turbulences dans les relations industrielles, ce qui va à l’encontre des objectifs du Code du travail » . . .

(*Re Corporation of the City of Penticton and Canadian Union of Public Employees, Local 608* (1978), 18 L.A.C. (2d) 307 (B.C.L.R.B.), p. 320)

[51] Les cours de révision doivent demeurer sensibles à ces particularités des relations fondées sur la négociation collective et réserver aux arbitres le droit d’élaborer des doctrines à vocation réparatrice propres aux relations du travail. À l’intérieur de cette sphère, les sentences arbitrales commandent la déférence de la part des tribunaux.

[52] Cependant, la sphère réservée au pouvoir discrétionnaire des arbitres n’est nullement dépourvue de limites. La sentence arbitrale qui prête à un principe de common law ou d’equity une application qui n’est pas raisonnablement adaptée à la nature distinctive des relations du travail demeure forcément assujettie au contrôle judiciaire selon la norme de la raisonabilité.

[53] D’autres facteurs contextuels militent en faveur de la déférence des cours de justice envers les arbitres qui adoptent et appliquent des principes de common law et d’equity à l’intérieur de la sphère d’activité qui leur est propre : le par. 128(2) de la *Loi* contient une clause privative qui protège les décisions des arbitres et des conseils d’arbitrage. Ces derniers bénéficient d’une *expertise institutionnelle* en ce qui concerne le règlement des conflits de travail sous le régime d’une convention collective (*F.E.E.S.O., district 15*, par. 37), même s’ils sont dépourvus d’une *expertise personnelle* en ce qui concerne les questions de droit. Il ressort

as well as related legislation that they might often encounter in the course of their functions” (para. 68 (emphasis added)).

VI

[54] The respondent argues that the flexible application of estoppel in the field of labour relations is a matter best left to the legislature. I would reject that submission. The requisite legislative authority already exists: It is *inherent* in the statutory scheme of the *LRA* and similar statutes across the country that labour arbitrators are already authorized — subject to the constraints I mentioned earlier (at para. 6) — to apply general legal principles flexibly in resolving disputes arising under collective agreements. More particularly, arbitrators have a “statutory mandate . . . to fit the principle of estoppel into the special setting and policy objectives of the world of industrial relations” (*Re Corporation of the City of Penticton*, at pp. 319-20).

[55] The respondent also argues that *Toronto (City)* stands for the proposition that a labour arbitrator’s application of common law doctrines must be correct. In my view, it does not. As we have seen, the application of general rules or principles of law will not automatically be reviewed for correctness unless they raise legal issues “both of central importance to the legal system as a whole and outside the adjudicator’s specialized area of expertise” (*Toronto (City)*, at para. 62, *per* LeBel J.; *Dunsmuir*, at para. 60; *Smith*, at para. 26).

VII

[56] The labour arbitrator’s imposition of estoppel in this case can hardly be considered unreasonable.

clairement de *Dunsmuir* que, « sur le plan institutionnel, on peut présumer que les arbitres [. . .] possèdent une expertise relative dans l’interprétation de la loi dont ils tiennent leur mandat ainsi que des dispositions législatives connexes qu’ils sont souvent appelés à appliquer dans l’exercice de leurs fonctions » (par. 68 (je souligne)).

VI

[54] Selon l’intimée, l’application souple de la préclusion aux relations du travail est une question qu’il vaut mieux laisser au législateur. Je ne suis pas de cet avis. Le pouvoir légal requis existe déjà : il découle *nécessairement* du régime établi par la *Loi*, et d’autres textes législatifs de même nature adoptés ailleurs au pays, que les arbitres en droit du travail sont déjà habilités — sous réserve des limites mentionnées précédemment (au par. 6) — à appliquer les principes juridiques généraux avec souplesse pour régler les différends dans l’application des conventions collectives. On a plus particulièrement confié aux arbitres le [TRADUCTION] « mandat légal [. . .] d’adapter le principe de la préclusion aux cadre et objectifs de politique générale particuliers du monde des relations industrielles » (*Re Corporation of the City of Penticton*, p. 319-320).

[55] L’intimée prétend également que l’arrêt *Toronto (Ville)* permet d’affirmer qu’un arbitre en droit du travail est tenu d’appliquer les doctrines de common law de façon correcte. Je ne suis pas de cet avis. Comme nous l’avons vu, l’application de règles ou de principes généraux de droit n’est pas automatiquement assujettie à la norme de la décision correcte, à moins qu’elle ne soulève des questions de droit « à la fois, d’une importance capitale pour le système juridique dans son ensemble et étrangère[s] au domaine d’expertise de l’arbitre » (*Toronto (Ville)*, par. 62, le juge LeBel; *Dunsmuir*, par. 60; *Smith*, par. 26).

VII

[56] En l’espèce, on peut difficilement qualifier de déraisonnable l’application de la préclusion par l’arbitre.

[57] As LeBel J. stated in *Montréal (City) v. Montreal Port Authority*, 2010 SCC 14, [2010] 1 S.C.R. 427, at para. 38, “[t]he concept of ‘reasonableness’ relates primarily to the transparency and intelligibility of the reasons given for a decision. But it also encompasses a quality requirement that applies to those reasons and to the outcome of the decision-making process”. Similar guidance can be found in *Dunsmuir*, at para. 47.

[58] In my view, the labour arbitrator’s reasons are not just transparent and intelligible, but coherent as well. They set out in detail the evidence, the submissions of the parties, and the arbitrator’s own analysis. The arbitrator reviewed the decisions relied on by the parties, and he identified and applied the precedents he found relevant and persuasive. They are consistent with his decision, and his reasons are amply sufficient to explain why he imposed the remedy of estoppel in this case.

[59] With respect to substance, the respondent submits that the labour arbitrator did not make a factual finding that the Union intended to affect its legal relationship with Nor-Man, as required by the test for promissory estoppel laid down by this Court in *Maracle v. Travellers Indemnity Co. of Canada*, [1991] 2 S.C.R. 50, at p. 57.

[60] I would reject that submission as well. The question is not whether the labour arbitrator failed to apply *Maracle* to the letter, but whether he adapted and applied the equitable doctrine of estoppel in a manner reasonably consistent with the objectives and purposes of the *LRA*, the principles of labour relations, the nature of the collective bargaining process, and the factual matrix of Ms. Plaisier’s grievance.

[61] I am satisfied that he did.

VIII

[62] For all of these reasons, I would allow the appeal with costs and restore the labour arbitrator’s award in its entirety.

[57] Pour reprendre les propos du juge LeBel dans *Montréal (Ville) c. Administration portuaire de Montréal*, 2010 CSC 14, [2010] 1 R.C.S. 427, par. 38, « [l]e concept de raisonabilité de la décision s’entend d’abord de la transparence et de l’intelligibilité des motifs justifiant cette décision. Mais, il exprime aussi une exigence de qualité de ces motifs et des résultats du processus décisionnel ». L’arrêt *Dunsmuir*, au par. 47, va dans le même sens.

[58] À mon avis, les motifs de l’arbitre sont non seulement transparents et intelligibles, mais aussi cohérents. Dans ses motifs, l’arbitre a exposé en détail la preuve, les prétentions des parties et son analyse. Il a examiné les décisions invoquées par les parties et il a indiqué et appliqué les précédents qu’il jugeait pertinents et convaincants. Ces précédents appuient sa décision, et ses motifs expliquent amplement les raisons qui l’ont amené en l’espèce à appliquer la préclusion à titre de réparation.

[59] Sur le fond, l’intimée avance que l’arbitre a omis de tirer une conclusion de fait concernant l’intention du Syndicat de modifier ses relations juridiques avec Nor-Man, alors qu’il aurait dû le faire selon le test applicable à la préclusion promissoire établi par la Cour dans *Maracle c. Travellers Indemnity Co. of Canada*, [1991] 2 R.C.S. 50, p. 57.

[60] Je rejette également cette prétention. La question n’est pas de savoir si l’arbitre n’a pas appliqué l’arrêt *Maracle* à la lettre, mais s’il a adapté et appliqué la doctrine d’équité que constitue la préclusion d’une manière raisonnablement conforme aux buts et objectifs de la *Loi*, aux principes des relations du travail, à la nature du processus de négociation collective et au fondement factuel du grief de M^{me} Plaisier.

[61] Or, je suis convaincu qu’il l’a fait.

VIII

[62] Pour tous ces motifs, je suis d’avis d’accueillir l’appel avec dépens et de rétablir la sentence arbitrale en totalité.

Appeal allowed with costs.

Solicitors for the appellant: Pitblado, Winnipeg.

Solicitors for the respondent: Inkster, Christie, Hughes, Winnipeg.

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

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureurs de l'appelante : Pitblado, Winnipeg.

Procureurs de l'intimée : Inkster, Christie, Hughes, Winnipeg.

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

Attorney General of Quebec *Appellant*

v.

Department of Human Resources and Social Development Canada and Commission de la santé et de la sécurité du travail *Respondents*

and

Rock Bruyère and Attorney General of British Columbia *Interveners*

INDEXED AS: QUEBEC (ATTORNEY GENERAL) v. CANADA (HUMAN RESOURCES AND SOCIAL DEVELOPMENT)

2011 SCC 60

File No.: 33511.

2011: February 15; 2011: December 8.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Constitutional law — Federal paramountcy — Employment insurance — Recovery mechanism — Provincial statute providing that income replacement benefits received by injured worker exempt from seizure — Federal statute authorizing Employment Insurance Commission to issue requirement to pay in order to recover overpayments — Whether provincial provision constitutionally inoperative in relation to garnishment provided for in federal statute — Employment Insurance Act, S.C. 1996, c. 23, s. 126(4) — Act respecting industrial accidents and occupational diseases, R.S.Q., c. A-3.001, s. 144.

Crown law — Prerogatives — Immunity — Whether Employment Insurance Commission, as agent of Crown, protected by common law immunity, with result that s. 144 of Act respecting industrial accidents and occupational diseases inapplicable to federal Crown — Whether it is appropriate to consider doctrine of paramountcy

Procureur général du Québec *Appellant*

c.

Ministère des Ressources humaines et Développement social Canada et Commission de la santé et de la sécurité du travail *Intimés*

et

Rock Bruyère et procureur général de la Colombie-Britannique *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : QUÉBEC (PROCUREUR GÉNÉRAL) c. CANADA (RESSOURCES HUMAINES ET DÉVELOPPEMENT SOCIAL)

2011 CSC 60

N° du greffe : 33511.

2011 : 15 février; 2011 : 8 décembre.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit constitutionnel — Prépondérance fédérale — Assurance-emploi — Mesure de recouvrement — Disposition législative provinciale déclarant insaisissables les prestations de remplacement du revenu d'un accidenté du travail — Disposition législative fédérale permettant à la Commission de l'assurance-emploi de faire une demande péremptoire de paiement pour recouvrer des sommes payées en trop — La disposition provinciale est-elle constitutionnellement inopérante à l'égard de la saisie-arrêt prévue à la disposition fédérale? — Loi sur l'assurance-emploi, L.C. 1996, ch. 23, art. 126(4) — Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles, L.R.Q., ch. A-3.001, art. 144.

Droit de la Couronne — Prerogatives — Immunité — À titre de mandataire de la Couronne, la Commission de l'assurance-emploi bénéficie-t-elle d'une immunité reconnue par la common law qui rend l'art. 144 de la Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles inapplicable à la Couronne fédérale? — Convient-il

before determining whether Crown immunity applies — Interpretation Act, R.S.C. 1985, c. I-21, s. 17.

Following an industrial accident, B received income replacement benefits from the Quebec Commission de la santé et de la sécurité du travail (“CSST”). From November 2006 to August 2007, the CSST complied with a requirement to pay that the Canada Employment Insurance Commission (“Commission”) had issued under s. 126(4) of the *Employment Insurance Act* (“EIA”) in order to recover employment insurance benefits B had received from the Commission but to which he was not entitled. B challenged the lawfulness of the remittance of the income replacement benefits on the ground that they were unseizable by virtue of s. 144 of the *Act respecting industrial accidents and occupational diseases* (“AIAOD”). The Superior Court found that the CSST had acted improperly, and ordered it to reimburse B. The Court of Appeal allowed the appeal and, finding that there was a conflict between the provincial and federal statutory provisions, declared s. 144 AIAOD to be inoperative in relation to requirements to pay issued under s. 126(4) EIA.

Held: The appeal should be dismissed.

The courts are not required to apply systematically the Crown immunity rule set out in s. 17 of the *Interpretation Act*. Where a case can be decided without recourse to this rule, the court should generally give preference to the other grounds raised by the parties. In the instant case, since it is possible to apply the paramountcy doctrine, that doctrine should be considered first.

Section 126(4) EIA is a permissive provision, and s. 144 AIAOD is a prohibitive provision. Compliance with one is not defiance of the other, so there is no operational conflict. There is, however, a conflict of purposes. In this regard, to determine whether a restriction imposed by a government at one level is compatible with an authorization granted by one at another level, it is necessary to consider the two provisions in their broader legislative context in order to identify the purpose being pursued by each of the legislatures. Parliament has, in enacting s. 126(4) EIA, chosen to give the Commission a freestanding positive right to require a third party to pay to the Receiver General any amount the third party owes a person who is liable to make a payment under the EIA, on account of that person’s liability. The purpose of this measure is to ensure the integrity of the

d’examiner la doctrine de la prépondérance avant de déterminer si la Couronne peut invoquer une immunité? — Loi d’interprétation, L.R.C. 1985, ch. I-21, art. 17.

À la suite d’un accident du travail, B reçoit des prestations de remplacement du revenu de la Commission de la santé et de la sécurité du travail du Québec (« CSST »). De novembre 2006 à août 2007, la CSST obtempère à une demande péremptoire de paiement présentée par la Commission de l’assurance-emploi du Canada (« Commission ») en application du par. 126(4) de la *Loi sur l’assurance-emploi* (« LAE ») pour recouvrer des prestations d’assurance-emploi versées par la Commission à B alors que celui-ci n’y avait pas droit. B conteste la légalité de la remise des prestations de remplacement du revenu, au motif que ces prestations sont insaisissables en vertu de l’art. 144 de la *Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles* (« LATMP »). La Cour supérieure déclare que la CSST a agi sans droit et lui ordonne de rembourser B. La Cour d’appel accueille l’appel et, concluant à l’existence d’un conflit entre la disposition législative provinciale et la disposition législative fédérale, elle déclare l’art. 144 LATMP inopérant à l’égard des demandes péremptoires de paiement présentées en vertu du par. 126(4) LAE.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

Les tribunaux ne sont pas tenus de recourir de façon systématique à la règle de l’immunité de la Couronne inscrite à l’art. 17 de la *Loi d’interprétation*. Lorsque le litige peut être résolu sans avoir recours à cette règle, les tribunaux devraient généralement privilégier les autres moyens soulevés par les parties. En l’espèce, la doctrine de la prépondérance fédérale est susceptible d’application et devrait donc être examinée en premier lieu.

Le paragraphe 126(4) LAE est une disposition permissive alors que l’art. 144 LATMP est une disposition prohibitive. L’observance de l’une n’entraîne pas l’inobservance de l’autre et il ne s’agit donc pas d’un conflit d’application. Il y a cependant une incompatibilité d’objectifs. À cet égard, la détermination de la compatibilité d’une restriction imposée par un ordre de gouvernement avec une faculté créée par un autre ordre requiert d’examiner les deux dispositions dans leur contexte législatif plus global afin de dégager le but poursuivi par chacun des législateurs. Au paragraphe 126(4) LAE, le Parlement a choisi de conférer à la Commission un droit positif et autonome, qui lui permet de requérir d’un tiers qu’il verse au receveur général toute somme que ce tiers doit à une personne qui est pour sa part tenue d’effectuer un versement en

employment insurance system by making it possible to recover amounts owed, including benefit overpayments, in a simple and summary fashion, without regard for the provincial rules respecting exemption from seizure. This purpose would be frustrated if the Commission were to comply with the provincial provision creating an exemption from seizure. The Attorney General of Quebec has failed to show that Parliament intended to require the Commission, in issuing a requirement to pay, to comply with the provincial provision exempting income replacement benefits from seizure. The conflict between the two provisions is not merely apparent, but is indeed real. The provincial provision is therefore inoperative owing to a conflict of legislative purposes.

Cases Cited

Considered: *Clarke v. Clarke*, [1990] 2 S.C.R. 795; *Rothmans, Benson & Hedges Inc. v. Saskatchewan*, 2005 SCC 13, [2005] 1 S.C.R. 188; *114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) v. Hudson (Town)*, 2001 SCC 40, [2001] 2 S.C.R. 241; *Law Society of British Columbia v. Mangat*, 2001 SCC 67, [2001] 3 S.C.R. 113; **referred to:** *Phillips v. Nova Scotia (Commission of Inquiry into the Westray Mine Tragedy)*, [1995] 2 S.C.R. 97; *Canadian Western Bank v. Alberta*, 2007 SCC 22, [2007] 2 S.C.R. 3; *Century Services Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2010 SCC 60, [2010] 3 S.C.R. 379; *Alberta Government Telephones v. Canada (Canadian Radio-television and Telecommunications Commission)*, [1989] 2 S.C.R. 225; *R. v. Eldorado Nuclear Ltd.*, [1983] 2 S.C.R. 551; *Quebec (Attorney General) v. Canadian Owners and Pilots Association*, 2010 SCC 39, [2010] 2 S.C.R. 536; *Multiple Access Ltd. v. McCutcheon*, [1982] 2 S.C.R. 161; *Canada (Attorney General) v. Bourassa (Trustee of)*, 2002 ABCA 205, 6 Alta. L.R. (4th) 223.

Statutes and Regulations Cited

Act respecting industrial accidents and occupational diseases, R.S.Q., c. A-3.001, s. 144.
Constitution Act, 1867, s. 91(2A).
Employment Insurance Act, S.C. 1996, c. 23, ss. 38(2), 42(1), (2), 43, 45, 46, 65, 126(1) to (4).
Federal Courts Rules, SOR/98-106, rr. 1.1, 448.
Income Tax Act, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.), s. 225(1), (5).
Interpretation Act, R.S.B.C. 1996, c. 238, s. 14(1).
Interpretation Act, R.S.C. 1985, c. I-21, ss. 8.1, 17.
Interpretation Act, R.S.P.E.I. 1988, c. I-8, s. 14.

application de la *LAE*, pour imputation sur le versement en cause. L'objectif de cette mesure est d'assurer l'intégrité du régime d'assurance-emploi en permettant de recouvrer simplement et sommairement, sans égard aux règles provinciales relatives à l'insaisissabilité, des sommes dues notamment à la suite de prestations versées en trop. La réalisation de cet objectif serait contre-carrée si la disposition provinciale sur l'insaisissabilité était respectée. Le procureur général du Québec n'est pas parvenu à démontrer que le Parlement entendait assujettir la Commission à l'obligation de se conformer à la disposition provinciale prévoyant l'insaisissabilité des prestations de remplacement du revenu lorsqu'elle a recours à la demande péremptoire de paiement. Le conflit entre les deux dispositions n'est pas simplement apparent, il est bien réel. La disposition provinciale est donc inopérante en raison d'un conflit d'objectifs législatifs.

Jurisprudence

Arrêts examinés : *Clarke c. Clarke*, [1990] 2 R.C.S. 795; *Rothmans, Benson & Hedges Inc. c. Saskatchewan*, 2005 CSC 13, [2005] 1 R.C.S. 188; *114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) c. Hudson (Ville)*, 2001 CSC 40, [2001] 2 R.C.S. 241; *Law Society of British Columbia c. Mangat*, 2001 CSC 67, [2001] 3 R.C.S. 113; **arrêts mentionnés :** *Phillips c. Nouvelle-Écosse (Commission d'enquête sur la tragédie de la mine Westray)*, [1995] 2 R.C.S. 97; *Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta*, 2007 CSC 22, [2007] 2 R.C.S. 3; *Century Services Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2010 CSC 60, [2010] 3 R.C.S. 379; *Alberta Government Telephones c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes)*, [1989] 2 R.C.S. 225; *R. c. Eldorado Nucléaire Ltée*, [1983] 2 R.C.S. 551; *Québec (Procureur général) c. Canadian Owners and Pilots Association*, 2010 CSC 39, [2010] 2 R.C.S. 536; *Multiple Access Ltd. c. McCutcheon*, [1982] 2 R.C.S. 161; *Canada (Attorney General) c. Bourassa (Trustee of)*, 2002 ABCA 205, 6 Alta. L.R. (4th) 223.

Lois et règlements cités

Interpretation Act, R.S.B.C. 1996, ch. 238, art. 14(1).
Interpretation Act, R.S.P.E.I. 1988, ch. I-8, art. 14.
Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(2A).
Loi d'interprétation, L.R.C. 1985, ch. I-21, art. 8.1, 17.
Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. 1985, ch. 1 (5^e suppl.), art. 225(1), (5).
Loi sur l'assurance-emploi, L.C. 1996, ch. 23, art. 38(2), 42(1), (2), 43, 45, 46, 65, 126(1) à (4).
Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles, L.R.Q., ch. A-3.001, art. 144.
Règles des Cours fédérales, DORS/98-106, règles 1.1, 448.

Authors Cited

- Côté, Pierre-André, in collaboration with Stéphane Beaulac and Mathieu Devinat. *The Interpretation of Legislation in Canada*, 4th ed. Toronto: Carswell, 2011.
- Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 5th ed. Supp., vol. 1. Scarborough, Ont.: Thomson/Carswell, 2007 (updated 2010, release 1).
- Hogg, Peter W., and Patrick J. Monahan. *Liability of the Crown*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 2000.
- Issalys, Pierre, et Denis Lemieux. *L'action gouvernementale: Précis de droit des institutions administratives*, 3^e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2009.
- McNairn, Colin H. H. *Governmental and Intergovernmental Immunity in Australia and Canada*. Toronto: University of Toronto Press, 1977.
- Saunders, Brian J., Donald J. Rennie and Graham Garton. *Federal Courts Practice 2011*. Toronto: Carswell, 2010.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Pelletier, Dalphond and Morissette J.J.A.), 2009 QCCA 2246, [2010] R.J.Q. 1, [2010] R.J.D.T. 1, [2009] J.Q. n^o 14313 (QL), 2009 CarswellQue 11956, setting aside a decision of Bédard J., 2008 QCCS 1465, [2008] J.Q. n^o 3011 (QL), 2008 CarswellQue 3026. Appeal dismissed.

Alain Gingras and Benoît Boucher, for the appellant.

Bernard Letarte and Pierre Salois, for the respondent the Department of Human Resources and Social Development Canada.

No one appeared for the respondent Commission de la santé et de la sécurité du travail.

No one appeared for the intervener Rock Bruyère.

Tyna Mason, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

English version of the judgment of the Court delivered by

[1] DESCHAMPS J. — This appeal raises the issue of the interplay between a provincial statutory provision according to which provincial income replacement benefits received by an injured worker are exempt from seizure and a federal

Doctrine citée

- Côté, Pierre-André, avec la collaboration de Stéphane Beaulac et Mathieu Devinat. *Interprétation des lois*, 4^e éd. Montréal : Thémis, 2009.
- Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 5th ed. Supp., vol. 1. Scarborough, Ont. : Thomson/Carswell, 2007 (updated 2010, release 1).
- Hogg, Peter W., and Patrick J. Monahan. *Liability of the Crown*, 3rd ed. Scarborough, Ont. : Carswell, 2000.
- Issalys, Pierre, et Denis Lemieux. *L'action gouvernementale : Précis de droit des institutions administratives*, 3^e éd. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2009.
- McNairn, Colin H. H. *Governmental and Intergovernmental Immunity in Australia and Canada*. Toronto : University of Toronto Press, 1977.
- Saunders, Brian J., Donald J. Rennie and Graham Garton. *Federal Courts Practice 2011*. Toronto : Carswell, 2010.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (les juges Pelletier, Dalphond et Morissette), 2009 QCCA 2246, [2010] R.J.Q. 1, [2010] R.J.D.T. 1, [2009] J.Q. n^o 14313 (QL), 2009 CarswellQue 11956, qui a infirmé une décision du juge Bédard, 2008 QCCS 1465, [2008] J.Q. n^o 3011 (QL), 2008 CarswellQue 3026. Pourvoi rejeté.

Alain Gingras et Benoît Boucher, pour l'appellant.

Bernard Letarte et Pierre Salois, pour l'intimé le ministère des Ressources humaines et Développement social Canada.

Personne n'a comparu pour l'intimée la Commission de la santé et de la sécurité du travail.

Personne n'a comparu pour l'intervenant Rock Bruyère.

Tyna Mason, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

Le jugement de la Cour a été rendu par

[1] LA JUGE DESCHAMPS — Le présent pourvoi soulève la question de l'interaction entre une disposition législative provinciale déclarant insaisissables les prestations provinciales de remplacement du revenu d'un accidenté du travail et une disposition

statutory provision that authorizes the issuance by the Canada Employment Insurance Commission (“Commission”) of a requirement to pay. For the reasons that follow, it is my opinion that the two provisions are in conflict and that the doctrine of federal paramountcy applies.

[2] The facts are not in dispute. Following an industrial accident, Rock Bruyère received income replacement benefits from the Commission de la santé et de la sécurité du travail (“CSST”). From November 1, 2006, to August 24, 2007, the CSST complied with a requirement to pay that the Commission had issued under s. 126(4) of the *Employment Insurance Act*, S.C. 1996, c. 23 (“EIA”), in order to recover employment insurance benefits Mr. Bruyère had received from the Commission but to which he was not entitled. Mr. Bruyère challenged the lawfulness of the remittance of the income replacement benefits on the ground that they were unseizable by virtue of s. 144 of the *Act respecting industrial accidents and occupational diseases*, R.S.Q., c. A-3.001 (“AIAOD”).

I. Judicial History

[3] Bédard J. of the Superior Court ruled in Mr. Bruyère’s favour (2008 QCCS 1465 (CanLII) (*sub nom. Bruyère v. CSST*)). He found that the CSST had acted improperly. In his opinion, the determination of whether property is seizable falls within the exclusive jurisdiction of the provinces over property and civil rights. According to Bédard J., the federal paramountcy doctrine cannot apply in such a case. A federal provision will be paramount only where there is concurrent jurisdiction or an unoccupied field. He pointed out that s. 144 AIAOD is of public order and expressed the opinion that the CSST may not depart from it even if the federal Crown has a statutory right of seizure.

[4] The Quebec Court of Appeal (Pelletier, Dalphond and Morissette JJ.A. (2009 QCCA 2246, [2010] R.J.Q. 1)) set aside the Superior Court’s judgment, holding that there is a conflict between s. 144 AIAOD and s. 126(4) EIA. In its view, the

législative fédérale permettant à la Commission de l’assurance-emploi du Canada (« Commission ») de faire une demande péremptoire de paiement. Pour les motifs qui suivent, je suis d’avis qu’il y a conflit entre les deux dispositions et que la doctrine de la prépondérance des lois fédérales s’applique.

[2] Les faits ne sont pas contestés. À la suite d’un accident du travail, M. Rock Bruyère reçoit des prestations de remplacement du revenu de la Commission de la santé et de la sécurité du travail (« CSST »). Du 1^{er} novembre 2006 au 24 août 2007, la CSST obtempère à une demande péremptoire de paiement présentée par la Commission en application du par. 126(4) de la *Loi sur l’assurance-emploi*, L.C. 1996, ch. 23 (« LAE »), pour recouvrer des prestations d’assurance-emploi versées par la Commission à M. Bruyère alors que celui-ci n’y avait pas droit. Ce dernier conteste la légalité de la remise des prestations de remplacement du revenu, au motif que ces prestations sont insaisissables en vertu de l’art. 144 de la *Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles*, L.R.Q., ch. A-3.001 (« LATMP »).

I. Historique judiciaire

[3] Le juge Bédard de la Cour supérieure rend jugement en faveur de M. Bruyère (2008 QCCS 1465 (CanLII) (*sub nom. Bruyère c. CSST*)). Il déclare que la CSST a agi sans droit. Selon lui, la détermination du caractère saisissable d’un bien relève de la compétence exclusive des provinces sur la propriété et les droits civils. Selon le juge Bédard, la doctrine de la prépondérance fédérale ne peut s’appliquer dans un tel cas. Une disposition fédérale ne l’emporte que lorsqu’il est question de compétence mixte ou de champ inoccupé. Il souligne que l’art. 144 LATMP est d’ordre public et estime que la CSST ne peut y déroger, même dans l’hypothèse où la Couronne fédérale dispose d’un droit de saisie prévu par la loi.

[4] La Cour d’appel du Québec (les juges Pelletier, Dalphond et Morissette (2009 QCCA 2246, [2010] R.J.Q. 1)) infirme le jugement de la Cour supérieure. Elle conclut à l’existence d’un conflit entre l’art. 144 LATMP et le par. 126(4) LAE. La LAE

EIA confers on the Commission a right that is incompatible with the prohibition against seizure provided for in the *AIAOD*. The Court of Appeal also pointed out that it was open to Parliament to subject the federal enforcement measure to other federal social provisions and to provincial provisions creating exemptions from seizure, and that Parliament had done so in other contexts. Since Parliament did not intend to so limit the scope of s. 126(4) *EIA*, there is a conflict of intentions. For these reasons, the Court of Appeal declared s. 144 *AIAOD* to be inoperative in relation to requirements to pay issued under s. 126(4) *EIA*.

[5] The Attorney General of Quebec, who appeared in the Court of Appeal as an intervener, is appealing to this Court.

II. Constitutional Questions

[6] On June 29, 2010, the Chief Justice stated these two constitutional questions:

1. Is s. 144 of the *Act respecting industrial accidents and occupational diseases*, R.S.Q., c. A-3.001, constitutionally inapplicable to a garnishment under s. 126(4) of the *Employment Insurance Act*, S.C. 1996, c. 23?
2. Is s. 144 of the *Act respecting industrial accidents and occupational diseases*, R.S.Q., c. A-3.001, constitutionally inoperative in relation to a garnishment under s. 126(4) of the *Employment Insurance Act*, S.C. 1996, c. 23?

III. Positions of the Parties

[7] The Attorney General of Quebec does not dispute that it was open to Parliament to enact s. 126(4) *EIA* pursuant to the federal unemployment insurance power (s. 91(2A) of the *Constitution Act, 1867*). But he submits that the doctrine of inter-jurisdictional immunity does not apply, because s. 126(4) *EIA* does not fall within the core of the federal unemployment insurance power and because, in any event, the application of s. 144 *AIAOD* does not impair the core of the federal power. Moreover, in his view, the federal Crown's immunity would not entitle it to effect a seizure that is not authorized by s. 144 *AIAOD*. The Attorney General of Quebec

confère à la Commission un droit qui est incompatible avec la prohibition contre les saisies prévue par la *LATMP*. La Cour d'appel signale aussi que le Parlement a la possibilité d'assujettir la mesure d'exécution fédérale à d'autres dispositions sociales fédérales et à des dispositions provinciales d'insaisissabilité, et qu'il s'est prévalu de cette possibilité dans d'autres contextes. Comme le Parlement n'a pas voulu restreindre la portée du par. 126(4) *LAE*, il y a conflit d'intention. Pour ces motifs, la Cour d'appel déclare l'art. 144 *LATMP* inopérant à l'égard des demandes péremptoires de paiement présentées en vertu du par. 126(4) *LAE*.

[5] Le procureur général du Québec, qui a comparu à titre d'intervenant devant la Cour d'appel, interjette appel devant notre Cour.

II. Questions constitutionnelles

[6] Le 29 juin 2010, la Juge en chef a formulé les deux questions constitutionnelles suivantes :

1. L'article 144 de la *Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles*, L.R.Q., ch. A-3.001, est-il constitutionnellement inapplicable à l'égard d'une saisie-arrêt prévue au par. 126(4) de la *Loi sur l'assurance-emploi*, L.C. 1996, ch. 23?
2. L'article 144 de la *Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles*, L.R.Q., ch. A-3.001, est-il constitutionnellement inopérant à l'égard d'une saisie-arrêt prévue au par. 126(4) de la *Loi sur l'assurance-emploi*, L.C. 1996, ch. 23?

III. Thèses des parties

[7] Le procureur général du Québec ne conteste pas que le par. 126(4) *LAE* pouvait être adopté par le Parlement en se fondant sur sa compétence en matière d'assurance-chômage (art. 91(2A) de la *Loi constitutionnelle de 1867*). Il soutient cependant que la doctrine de la protection des compétences exclusives (doctrine de l'exclusivité des compétences) ne s'applique pas, puisque le par. 126(4) *LAE* ne fait pas partie du contenu essentiel de la compétence fédérale sur l'assurance-chômage et que, de toute façon, l'application de l'art. 144 *LATMP* n'entrave pas le contenu essentiel de la compétence fédérale. De plus, à son avis, l'immunité dont jouit

further argues that the federal and provincial provisions in issue are not incompatible, because it cannot be said that Parliament intended to exclude the application of the provincial measure.

[8] The Department of Human Resources and Social Development Canada (“Department”) submits that the Commission, as an agent of the Crown, is protected by a common law immunity as a result of which s. 144 *AIAOD* is inapplicable to the federal Crown. The Department does not rely on the constitutional doctrine of interjurisdictional immunity, but instead argues that, even if the provision in question were applicable despite the Crown’s immunity, it would be inoperative by reason of the doctrine of federal paramountcy.

IV. Analysis

[9] The only issues are whether the provincial provision is applicable and whether it is operative. The Attorney General of Quebec submits that the doctrine of interjurisdictional immunity does not apply in the instant case, but there is no need to address this question because the Department is not relying on that doctrine.

A. *Analytical Framework*

[10] The Department’s position that the CSST must comply with the requirement to pay is supported by two arguments. The Department suggests, in accordance with the principle that the Court should not rule on constitutional arguments unless it is necessary to do so, that the issue of the common law immunity should be considered before that of paramountcy.

[11] At first glance, the Department’s suggestion would appear to be based on the order in which the Court has often dealt with the issues now before it: *Phillips v. Nova Scotia (Commission of Inquiry into the Westray Mine Tragedy)*, [1995] 2 S.C.R. 97,

la Couronne fédérale ne permettrait pas à cette dernière de pratiquer une saisie qui ne serait pas autorisée par l’art. 144 *LATMP*. Par ailleurs, le procureur général du Québec plaide que les dispositions fédérale et provinciale en cause ne sont pas incompatibles, parce qu’on ne saurait prêter au Parlement l’intention d’exclure l’application de la mesure provinciale.

[8] Pour sa part, le ministère des Ressources humaines et Développement social Canada (« Ministère ») avance que, à titre de mandataire de la Couronne, la Commission bénéficie d’une immunité reconnue par la common law qui rend l’art. 144 *LATMP* inapplicable à la Couronne fédérale. Le Ministère n’invoque pas la doctrine constitutionnelle de la protection des compétences exclusives. Il soutient plutôt que, même si la disposition était applicable en dépit de l’immunité dont jouit la Couronne, elle serait inopérante en raison de la doctrine de la prépondérance fédérale.

IV. Analyse

[9] Seules l’applicabilité de la disposition provinciale et son opérabilité sont en litige. Le procureur général du Québec a soutenu que la doctrine de la protection des compétences exclusives ne s’appliquait pas en l’espèce, mais il n’y a pas lieu de traiter de cette question car le Ministère ne s’appuie pas sur cette doctrine.

A. *Grille d’analyse*

[10] Le Ministère avance deux arguments au soutien de l’obligation de la CSST de se conformer à la demande péremptoire de paiement. Le Ministère suggère d’étudier la question de l’immunité reconnue par la common law avant celle de la prépondérance, suivant le principe que la Cour ne se prononce pas sur les moyens constitutionnels lorsqu’il n’est pas nécessaire de le faire.

[11] À première vue, la proposition du Ministère paraît être fondée sur l’ordre dans lequel la Cour a souvent abordé les questions de droit qui sont en litige : *Phillips c. Nouvelle-Écosse (Commission d’enquête sur la tragédie de la mine Westray)*,

at para. 9. If a statute is invalid, there is no point in enquiring into its applicability. And if a provincial provision is not applicable, there can be no question of a conflict with a federal provision that engages the doctrine of federal paramountcy. It is therefore logical to consider first whether a contested provision is valid, then whether it is applicable and, finally, whether it is operative. Thus, it would be appropriate to begin by considering the scope of Crown immunity, since it is a common law rule and since it relates to the applicability of the provision, before turning to the doctrine of federal paramountcy, which relates to the operability of the provision. This does not amount to a rule, however. Indeed, in *Canadian Western Bank v. Alberta*, 2007 SCC 22, [2007] 2 S.C.R. 3, a majority of the Court held that arguments based on the paramountcy doctrine should be considered first, except where there are precedents that justify having recourse to the doctrine of interjurisdictional immunity to resolve the issue and that support a finding that the provision is inapplicable. This hierarchy was established as a matter of judicial policy (paras. 77-78).

[12] In my view, several reasons support considering the paramountcy doctrine before determining whether Crown immunity applies. First, the privilege of Crown immunity has been eroded somewhat. A more modern approach to the role of governments is reflected in numerous legislative amendments, in insolvency matters for example (see the historical discussion in *Century Services Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2010 SCC 60, [2010] 3 S.C.R. 379). Two provinces, British Columbia and Prince Edward Island, have passed legislation to reverse the common law presumption that statutes are not binding on the Crown (*Interpretation Act*, R.S.B.C. 1996, c. 238, s. 14(1); *Interpretation Act*, R.S.P.E.I. 1988, c. I-8, s. 14).

[13] Second, the exceptions to the Crown immunity rule are now so numerous that the current law

[1995] 2 R.C.S. 97, par. 9. Si une loi est invalide, il n'y a pas lieu de s'interroger sur son applicabilité. De même, si une disposition provinciale n'est pas applicable, elle ne peut entrer en conflit avec une disposition fédérale et ainsi à entraîner l'application de la doctrine de la prépondérance des lois fédérales. Il est donc logique d'étudier d'abord la validité d'une disposition en litige, puis son applicabilité et, enfin, son opérabilité. Ainsi, il conviendrait d'examiner en premier la portée de la règle de l'immunité de la Couronne, puisqu'elle relève de la common law et concerne l'applicabilité de la disposition — avant de se pencher sur la doctrine de la prépondérance fédérale qui s'intéresse au caractère opérant de la disposition. Il ne s'agit cependant pas d'une règle. D'ailleurs, dans *Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta*, 2007 CSC 22, [2007] 2 R.C.S. 3, une majorité des juges de la Cour a estimé que, sauf dans les cas où des décisions antérieures préconisent l'application de la doctrine de la protection des compétences exclusives à la question en litige et permettent de conclure à l'inapplicabilité de la disposition, les arguments fondés sur la doctrine de la prépondérance devaient être étudiés en premier lieu. Des motifs de politique judiciaire ont prévalu pour établir cette hiérarchie (par. 77-78).

[12] Plusieurs raisons m'incitent à dire qu'il convient d'examiner la doctrine de la prépondérance avant de se demander si la Couronne peut invoquer une immunité. D'une part, on observe un certain effritement du privilège que constitue l'immunité de la Couronne. En effet, de nombreuses modifications législatives vont dans le sens d'une approche plus moderne à l'égard du rôle de l'État — c'est le cas notamment en matière d'insolvabilité (voir l'historique relaté dans *Century Services Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2010 CSC 60, [2010] 3 R.C.S. 379). Deux provinces, la Colombie-Britannique et l'Île-du-Prince-Édouard, ont légiféré pour renverser la présomption d'inaoposabilité des lois à la Couronne prévue par la common law (*Interpretation Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 238, par. 14(1); *Interpretation Act*, R.S.P.E.I. 1988, ch. I-8, art. 14).

[13] De plus, les exceptions à la règle de l'immunité de la Couronne sont maintenant si nombreuses

in this field is considered to be exceedingly complex. It is said that most of the techniques used to ensure that statutes apply to the Crown are uncertain in scope and unpredictable in their application. The immunity is considered to be broader than is necessary for governments to function properly (P. W. Hogg and P. J. Monahan, *Liability of the Crown* (3rd ed. 2000), at pp. 327 and 329).

[14] Finally, as is true of the doctrine of inter-jurisdictional immunity, the immunity rule has tended to benefit the federal Crown asymmetrically: *Alberta Government Telephones v. Canada* (Canadian Radio-television and Telecommunications Commission), [1989] 2 S.C.R. 225, at pp. 271-75; see also C. H. H. McNairn, *Governmental and Intergovernmental Immunity in Australia and Canada* (1977), at p. 42.

[15] Nearly 30 years ago, in *R. v. Eldorado Nuclear Ltd.*, [1983] 2 S.C.R. 551, Dickson J. (as he then was), aware of the difficulties inherent in the application of Crown immunity, wrote the following:

The conceptual rationale underlying the doctrine of Crown immunity is obscure. . . . Why that presumption [of Crown immunity] should be made is not clear. It seems to conflict with basic notions of equality before the law. The more active government becomes in activities that had once been considered the preserve of private persons, the less easy it is to understand why the Crown need be, or ought to be, in a position different from the subject. This Court is not, however, entitled to question the basic concept of Crown immunity, for Parliament has unequivocally adopted the premise that the Crown is *prima facie* immune. [p. 558]

(See also the reforms suggested by Hogg and Monahan in *Liability of the Crown*, at pp. 326-30, and P. W. Hogg in *Constitutional Law of Canada* (5th ed. Supp.), vol. 1, at pp. 10-14 to 10-23, as well as the comments of McNairn, at pp. 21-22, and those of P. Issalys and D. Lemieux, *L'action gouvernementale: Précis de droit des institutions administratives* (3rd ed. 2009), at pp. 1396-97.)

que l'état actuel de ce domaine du droit est qualifié d'excessivement complexe. La majorité des techniques utilisées pour faire en sorte que les lois s'appliquent à la Couronne sont vues comme ayant une portée incertaine et une application imprévisible. L'immunité est considérée comme plus généreuse que ce qui est nécessaire pour le bon fonctionnement de l'État (P. W. Hogg et P. J. Monahan, *Liability of the Crown* (3^e éd. 2000), p. 327 et 329).

[14] Enfin, tout comme pour la doctrine de la protection des compétences exclusives, la règle de l'immunité a eu tendance à bénéficier de façon asymétrique à la Couronne fédérale: *Alberta Government Telephones c. Canada* (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes), [1989] 2 R.C.S. 225, p. 271-275; voir aussi C. H. H. McNairn, *Governmental and Intergovernmental Immunity in Australia and Canada* (1977), p. 42.

[15] Conscient des difficultés inhérentes à l'application de l'immunité de la Couronne, le juge Dickson (plus tard Juge en chef) écrivait ceci il y a près de 30 ans, dans *R. c. Eldorado Nucléaire Ltée*, [1983] 2 R.C.S. 551 :

La raison d'être conceptuelle de la doctrine de l'immunité de l'État est obscure. [. . .] On ne peut dire avec certitude pourquoi il faut retenir cette présomption [d'immunité étatique]. Il semble y avoir une contradiction avec les notions fondamentales de l'égalité devant la loi. Plus le gouvernement intervient dans les activités que l'on considérait autrefois réservées au secteur privé, plus il est difficile de comprendre pourquoi l'État doit être ou devrait être dans une situation différente de celle des citoyens. Cependant, il n'appartient pas à cette Cour de mettre en question le concept fondamental de l'immunité de l'État, puisque le Parlement a adopté d'une manière non équivoque le principe que l'État jouit à première vue de l'immunité. [p. 558]

(Voir aussi les réformes suggérées par Hogg et Monahan dans *Liability of the Crown*, p. 326-330, et P. W. Hogg dans *Constitutional Law of Canada* (5^e éd. suppl.), vol. 1, p. 10-14 à 10-23, ainsi que les commentaires de McNairn, p. 21-22, et ceux de P. Issalys et D. Lemieux, *L'action gouvernementale: Précis de droit des institutions administratives* (3^e éd. 2009), p. 1396-1397.)

[16] Although the courts cannot change the Crown immunity rule given that it is set out in s. 17 of the *Interpretation Act*, R.S.C. 1985, c. I-21, this does not mean that they are required to apply it systematically. Where a case can be decided without recourse to Crown immunity, the court should generally give preference to the other grounds raised by the parties. This is one such case, since it is possible to apply the paramountcy doctrine.

B. *Doctrine of Federal Paramountcy*

[17] In *Quebec (Attorney General) v. Canadian Owners and Pilots Association*, 2010 SCC 39, [2010] 2 S.C.R. 536, at para. 64, the Chief Justice stated that the doctrine of federal paramountcy is applicable to two forms of conflict:

The first is operational conflict between federal and provincial laws, where one enactment says “yes” and the other says “no”, such that “compliance with one is defiance of the other”: *Multiple Access Ltd. v. McCutcheon*, [1982] 2 S.C.R. 161, at p. 191, per Dickson J. In *Bank of Montreal v. Hall*, [1990] 1 S.C.R. 121, at p. 155, La Forest J. identified a second branch of paramountcy, in which dual compliance is possible, but the provincial law is incompatible with the purpose of federal legislation: see also *Law Society of British Columbia v. Mangat*, 2001 SCC 67, [2001] 3 S.C.R. 113, at para. 72; [*British Columbia (Attorney General) v. Lafarge Canada Inc.*, 2007 SCC 23, [2007] 2 S.C.R. 86], at para. 84. Federal paramountcy may thus arise from either the impossibility of dual compliance or the frustration of a federal purpose: [*Rothmans, Benson & Hedges Inc. v. Saskatchewan*, 2005 SCC 13, [2005] 1 S.C.R. 188], at para. 14.

[18] In the case at bar, the Court of Appeal concluded that there is a conflict of intentions between the two provisions in issue (para. 7). But the Attorney General of Quebec challenges this conclusion on the ground that Parliament’s intention could not have been to block the application

[16] Si, du fait que la règle de l’immunité de la Couronne est inscrite à l’art. 17 de la *Loi d’interprétation*, L.R.C. 1985, ch. I-21, les tribunaux ne peuvent la modifier, ils ne sont pas tenus pour autant d’y recourir de façon systématique. Lorsque le litige peut être résolu sans avoir recours à l’immunité de la Couronne, les tribunaux devraient généralement privilégier les autres moyens soulevés par les parties. Nous sommes en présence d’un tel cas en l’espèce : la doctrine de la prépondérance est susceptible d’application.

B. *La doctrine de la prépondérance des lois fédérales*

[17] Dans l’arrêt *Québec (Procureur général) c. Canadian Owners and Pilots Association*, 2010 CSC 39, [2010] 2 R.C.S. 536, par. 64, la Juge en chef précise que deux formes de conflit peuvent donner ouverture à l’application de la doctrine de la prépondérance des lois fédérales :

La première est le conflit d’application entre une loi fédérale et une loi provinciale, où une loi dit « oui » et l’autre dit « non », de sorte que « l’observance de l’une entraîne l’inobservance de l’autre » : *Multiple Access Ltd. c. McCutcheon*, [1982] 2 R.C.S. 161, p. 191, le juge Dickson. Dans *Banque de Montréal c. Hall*, [1990] 1 R.C.S. 121, p. 155, le juge La Forest a relevé, pour le critère de la prépondérance, un deuxième volet selon lequel il est possible de se conformer aux deux textes même si la loi provinciale est incompatible avec l’objet de la loi fédérale : voir aussi *Law Society of British Columbia c. Mangat*, 2001 CSC 67, [2001] 3 R.C.S. 113, par. 72; [*Colombie-Britannique (Procureur général) c. Lafarge Canada Inc.*, 2007 CSC 23, [2007] 2 R.C.S. 86], par. 84. La règle de la prépondérance fédérale peut donc s’appliquer s’il est impossible de se conformer aux deux textes ou si la réalisation de l’objet d’une loi fédérale est entravée : [*Rothmans, Benson & Hedges Inc. c. Saskatchewan*, 2005 CSC 13, [2005] 1 R.C.S. 188], par. 14.

[18] En l’espèce, la Cour d’appel a estimé qu’il existait un conflit d’intention entre les deux dispositions litigieuses (par. 7). Le procureur général du Québec conteste cependant cette conclusion, au motif que l’intention du Parlement ne pouvait être d’empêcher l’application des lois provinciales

of provincial statutes that provide for exemptions from seizure. He emphasizes that such statutes are generally designed to protect a minimum level of resources. In his opinion, because Parliament has not clearly expressed an intention to exclude the application of provincial law, that law — s. 144 *AIAOD* in this case — applies by virtue of s. 8.1 of the *Interpretation Act*.

[19] Before I consider the Attorney General of Quebec's argument in greater detail, it will be helpful to reproduce the two provisions in issue:

An Act respecting industrial accidents and occupational diseases

144. Indemnities paid under this Act are unassignable, unseizable and nontaxable except the income replacement indemnity, up to 50% of which is seizable for alimentary debts.

At the request of the Minister of Employment and Social Solidarity, the Commission shall deduct from indemnities payable to a person under this Act the amount repayable under section 90 of the Individual and Family Assistance Act (chapter A-13.1.1). The Commission shall remit the amount thus deducted to the Minister of Employment and Social Solidarity.

It shall also, at the request of the Régie des rentes du Québec, deduct from the income replacement indemnity payable to a person under this Act, the amounts of disability pension or retirement pension paid to that person under the Act respecting the Québec Pension Plan (chapter R-9) which may be recovered under that Act. It shall pay the amounts so deducted to the Board.

Employment Insurance Act

126. (1) An amount or part of an amount payable under Part I, II or VII.1 that has not been paid may be certified by the Commission

- (a) without delay, if in the opinion of the Commission the person liable to pay the amount is attempting to avoid payment; and
- (b) in any other case, on the expiration of 30 days after the default.

(2) On production to the Federal Court, the resulting certificate shall be registered in the Court and when

en matière d'insaisissabilité. Il souligne que ces lois visent généralement à protéger des ressources minimales. Puisque le Parlement n'a pas exprimé clairement son intention d'en exclure l'application, le droit provincial, en l'occurrence l'art. 144 *LATMP*, s'appliquerait en conformité avec l'art. 8.1 de la *Loi d'interprétation*.

[19] Avant d'aborder plus en détail l'argument du procureur général du Québec, il est utile de reproduire le texte des deux dispositions en cause :

Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles

144. Les indemnités versées en vertu de la présente loi sont incessibles, insaisissables et non imposables, sauf l'indemnité de remplacement du revenu qui est saisissable, jusqu'à concurrence de 50%, pour le paiement d'une dette alimentaire.

La Commission doit toutefois, sur demande du ministre de l'Emploi et de la Solidarité sociale, déduire des indemnités payables à une personne en vertu de la présente loi le montant remboursable en vertu de l'article 90 de la Loi sur l'aide aux personnes et aux familles (chapitre A-13.1.1). La Commission remet le montant ainsi déduit au ministre de l'Emploi et de la Solidarité sociale.

Elle doit également, sur demande de la Régie des rentes du Québec, déduire de l'indemnité de remplacement du revenu payable à une personne en vertu de la présente loi, les montants de rente d'invalidité ou de la rente de retraite qui ont été versés à cette personne en vertu de la Loi sur le régime de rentes du Québec (chapitre R-9) et qui sont recouvrables en vertu de cette loi. Elle remet les montants ainsi déduits à la Régie.

Loi sur l'assurance-emploi

126. (1) Une somme ou fraction de somme à payer en application de la partie I, II ou VII.1 et qui n'a pas été payée peut être certifiée par la Commission :

- a) immédiatement, lorsque la Commission est d'avis que la personne qui doit payer cette somme tente d'éviter le paiement de cotisations;
- b) sinon, trente jours francs après le défaut de paiement.

(2) Le certificat en cause est enregistré à la Cour fédérale sur production à celle-ci et il a dès lors la

registered has the same force and effect, and all proceedings may be taken, as if the certificate were a judgment obtained in the Court for a debt of the amount specified in the certificate plus interest to the day of payment as provided for in this Act.

(3) All reasonable costs and charges attendant on the registration of the certificate are recoverable in like manner as if they had been certified and the certificate had been registered under this section.

(4) If the Commission has knowledge or suspects that a person is or is about to become indebted or liable to make a payment to a person liable to make a payment under Part I, II or VII.1 or under subsection (7), it may, by a notice served personally or sent by a confirmed delivery service, require the first person to pay the money otherwise payable to the second person in whole or in part to the Receiver General on account of the second person's liability.

. . .

[20] As can be seen from the provisions themselves, the federal provision is permissive, and the provincial provision is prohibitive. Compliance with one is not defiance of the other (*Multiple Access Ltd. v. McCutcheon*, [1982] 2 S.C.R. 161, at p. 191). It would be possible to comply with the more restrictive provision, the provincial one, by limiting the scope of the less restrictive provision, the federal one. There is not, therefore, an operational conflict. As a result, what must be determined in the case at bar is whether there is a conflict of purposes. In some cases, it can be seen from the legislative context that a permissive or restrictive provision of a federal statute has a purpose that is compatible with the purpose of the provincial legislation, but in others, the opposite is true. To determine whether the legislative purposes of the provisions are in conflict, it must be asked whether Parliament's purpose is compatible with that of the provincial legislature. To guide this analysis, it will be helpful to review certain of this Court's decisions.

[21] The Attorney General of Quebec urges the Court to draw an analogy with the facts of *Clarke v. Clarke*, [1990] 2 S.C.R. 795. Three other cases are also relevant to the determination of whether

même force et le même effet et il permet d'intenter les mêmes procédures que s'il s'agissait d'un jugement obtenu devant ce tribunal pour une dette du montant qui y est spécifié majoré des intérêts prévus par la présente loi jusqu'à la date du paiement.

(3) Tous les frais et dépens raisonnables afférents à l'enregistrement du certificat sont recouvrables de la même manière que s'ils avaient été constatés par certificat enregistré en vertu du présent article.

(4) Lorsque la Commission sait ou soupçonne qu'une personne doit ou va bientôt devoir payer une dette ou verser une somme à une autre personne tenue d'effectuer un versement en application de la partie I, II ou VII.1 ou au titre du paragraphe (7), elle peut, par un avis signifié à personne ou expédié par service de messagerie, exiger qu'elle verse au receveur général, pour imputation sur le versement en cause, tout ou partie des fonds qui devraient autrement être payés à cette autre personne.

. . .

[20] À la lecture du texte des dispositions en cause, on constate que la disposition fédérale est permissive alors que la disposition provinciale est prohibitive. L'observance de l'une n'entraîne pas l'inobservance de l'autre (*Multiple Access Ltd. c. McCutcheon*, [1982] 2 R.C.S. 161, p. 191). On pourrait se conformer à la disposition la plus restrictive, soit la disposition provinciale — en restreignant la portée de la disposition moins restrictive, soit la disposition fédérale. Il ne s'agit donc pas d'un conflit d'application. Par conséquent, la question qui se pose en l'espèce est de savoir s'il y a une incompatibilité d'objet. Dans certains cas, l'examen du contexte législatif révèle qu'une disposition permissive ou restrictive prévue dans une loi fédérale poursuit un objectif compatible avec la législation provinciale, alors que parfois c'est l'inverse. Pour déterminer s'il y a un conflit d'objectifs législatifs, il faut se demander si le but poursuivi par le Parlement est compatible avec celui du législateur provincial. L'examen de quelques arrêts de la Cour est utile pour guider l'analyse.

[21] Le procureur général du Québec invite la Cour à établir une analogie avec les faits de l'arrêt *Clarke c. Clarke*, [1990] 2 R.C.S. 795. Trois autres arrêts sont également pertinents pour décider de la

a permissive federal provision is compatible with a restriction imposed by a provincial provision: *Rothmans, Benson & Hedges Inc. v. Saskatchewan*, 2005 SCC 13, [2005] 1 S.C.R. 188; *114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) v. Hudson (Town)*, 2001 SCC 40, [2001] 2 S.C.R. 241; and *Law Society of British Columbia v. Mangat*, 2001 SCC 67, [2001] 3 S.C.R. 113.

[22] In *Clarke*, the Court found that the prohibition against attaching federal pension benefits that was provided for in the *Canadian Forces Superannuation Act*, R.S.C. 1970, c. C-9, was not inconsistent with the inclusion of those benefits in the property subject to division between spouses under the *Matrimonial Property Act*, S.N.S. 1980, c. 9. The Court reached this conclusion because, in particular, the purpose of the statute that prohibited attachment was to protect not only Canadian Forces retirees but also their spouses. In addition, the protection from attachment was subject to the *Garnishment, Attachment and Pension Diversion Act*, S.C. 1980-81-82-83, c. 100, which included an exception for the enforcement of an order made to ensure the payment of financial support to a spouse. The two provisions in issue were held to be consistent, because the fact that the *Canadian Forces Superannuation Act* was subject to the *Garnishment, Attachment and Pension Diversion Act* showed that Parliament's intention was to ensure that "the financial needs of a recipient's family were not adversely affected by" the exemption from attachment (p. 832). *Clarke* shows that to determine whether a restriction imposed by a government at one level is compatible with an authorization granted by one at another level, it is necessary to consider the two provisions in their broader legislative context in order to identify the purpose being pursued by each of the legislatures. A federal provision that appears to be prohibitive may, upon consideration of its legislative purpose, prove to be compatible with a permissive provincial provision.

[23] In *Rothmans, Benson & Hedges*, a federal provision authorized exclusions, within certain limits, from a general prohibition on the promotion of tobacco products. A provincial provision imposed additional restrictions. The issue was

compatibilité d'une disposition fédérale permissive avec une restriction imposée par une disposition provinciale : *Rothmans, Benson & Hedges Inc. c. Saskatchewan*, 2005 CSC 13, [2005] 1 R.C.S. 188; *114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) c. Hudson (Ville)*, 2001 CSC 40, [2001] 2 R.C.S. 241; et *Law Society of British Columbia c. Mangat*, 2001 CSC 67, [2001] 3 R.C.S. 113.

[22] Dans l'arrêt *Clarke*, la Cour a conclu que la prohibition de saisir les prestations fédérales de pension établie par la *Loi sur la pension de retraite des Forces canadiennes*, S.R.C. 1970, ch. C-9, n'était pas incompatible avec l'inclusion de ces prestations dans les biens assujettis au partage entre conjoints prévu par la *Matrimonial Property Act*, S.N.S. 1980, ch. 9. La Cour a conclu ainsi notamment parce que la loi prévoyant l'insaisissabilité avait pour but de protéger non seulement les retraités des Forces canadiennes, mais aussi leur conjoint. De plus, la protection contre les saisies était assujettie à la *Loi sur la saisie-arrêt et la distraction de pensions*, S.C. 1980-81-82-83, ch. 100, qui créait une exception permettant l'exécution des ordonnances rendues pour assurer le soutien financier des conjoints. Les deux dispositions ont été jugées compatibles, parce que l'assujettissement de la *Loi sur la pension de retraite des Forces canadiennes* à la *Loi sur la saisie-arrêt et la distraction de pensions* démontrait l'intention du Parlement de faire en sorte que l'insaisissabilité « n'ait pas d'effet néfaste sur les besoins financiers de la famille du prestataire » (p. 832). L'arrêt *Clarke* illustre bien que la détermination de la compatibilité d'une restriction imposée par un ordre de gouvernement avec une faculté créée par un autre ordre requiert d'examiner les deux dispositions dans leur contexte législatif plus global afin de dégager le but poursuivi par chacun des législateurs. Une disposition fédérale en apparence prohibitive peut, après examen de l'objectif législatif, s'avérer compatible avec une disposition provinciale permissive.

[23] Dans *Rothmans, Benson & Hedges*, une disposition fédérale permettait de déroger dans certaines limites à une interdiction générale de faire la promotion des produits du tabac. Une disposition provinciale imposait quant à elle des restrictions

whether the restrictive provincial provision was in conflict with the authorization granted by the federal legislation. The Court held that there was no inconsistency between the federal and provincial provisions, first because Parliament and the provincial legislature had the same purpose, namely to deal with the public health problem caused by tobacco use, and second because the authorization provided for in the federal statute did not create a freestanding right — or positive entitlement — to advertise (paras. 18-20). In that context, the provincial provision that restricted the access of persons under 18 years of age to premises where tobacco products were promoted could be applied without conflicting with the right created in the federal provision. *Rothmans, Benson & Hedges* shows that it is important, in deciding whether a provincial provision frustrates Parliament's purpose, to determine the exact scope of the right created in the federal provision.

[24] *Spraytech* is another decision in which a restriction — a municipal one in that case — was held to be compatible with a permissive federal provision. In *Spraytech*, some companies had been authorized, by a federal agency empowered to do so, to manufacture, distribute or use pesticides. They had also been authorized by a provincial agency to sell and use the products in question. However, the municipality had prohibited the aesthetic use of pesticides. The companies argued that the municipal prohibition was in conflict with the authorizations they had received from the provincial and federal agencies. The Court held that all the provincial legislation did was to establish a licensing scheme. As for the federal legislation, it concerned the registration of pesticides for purposes of manufacturing and use, not the use to which they could be put; in short, it was unrelated to the activity restricted by the municipality. The authorizations granted to the companies merely exempted them from the general prohibitions applicable to citizens who were not registered or did not hold permits to distribute or use pesticides. What this meant was that the federal authorization to distribute and use pesticides, which could be asserted to counter a general prohibition on those particular

additionnelles. Il s'agissait de déterminer si la disposition provinciale restrictive entraînait en conflit avec la faculté accordée par la loi fédérale. La Cour a conclu que les dispositions fédérale et provinciale n'étaient pas incompatibles, parce que, d'une part, l'objectif du Parlement et celui de la législature provinciale étaient semblables, c'est-à-dire lutter contre le problème de santé publique causé par l'usage du tabac, et que, d'autre part, l'autorisation prévue par la loi fédérale ne constituait pas un droit autonome — ou positif — de faire de la publicité (par. 18-20). Dans ce contexte, la disposition provinciale restreignant l'accès des personnes de moins de 18 ans aux lieux où on faisait la promotion des produits du tabac pouvait s'appliquer sans entrer en conflit avec le droit conféré par la disposition fédérale. L'arrêt *Rothmans, Benson & Hedges* fait ressortir l'importance de déterminer avec précision la portée du droit conféré par une disposition fédérale pour décider si une disposition provinciale contrevient au but poursuivi par le Parlement.

[24] L'arrêt *Spraytech* est un autre cas où une restriction — municipale cette fois — a été jugée compatible avec une disposition fédérale permissive. Dans cette affaire, des entreprises avaient obtenu d'un organisme fédéral compétent l'autorisation de fabriquer, distribuer ou utiliser des pesticides. Elles avaient aussi obtenu d'un organisme provincial l'autorisation de vendre et d'utiliser les produits en question. Cependant, la municipalité prohibait l'utilisation de pesticides à des fins esthétiques. Les entreprises ont soutenu que l'interdiction municipale entraînait en conflit avec les autorisations que leur avaient délivrées les autorités provinciale et fédérale. La Cour a jugé que la réglementation provinciale avait comme seul effet d'instaurer un régime de permis. Quant à la réglementation fédérale, elle portait sur l'agrément des pesticides aux fins de fabrication et d'usage, non sur l'utilisation qui pouvait en être faite; en somme, elle ne portait pas sur l'activité visée par la restriction imposée par la municipalité. Les autorisations détenues par les entreprises se limitaient à leur conférer le droit de déroger aux interdictions générales faites aux citoyens non agréés ou ne détenant pas de permis de distribuer ou d'utiliser des pesticides. Dans *Spraytech*, ce principe signifiait que

activities, was not negated by the prohibition on spreading pesticides for purely aesthetic purposes.

[25] In the above three cases, the purposes of the various governments were held to be compatible, but the Court reached the opposite conclusion in *Mangat*. That case concerned a federal statute that authorized aliens to be represented in immigration proceedings before certain administrative tribunals by persons who were not generally licensed to practise law. That authorization conflicted with the province's prohibition against practising law without a licence. Although it would technically have been possible for an alien to retain a lawyer and thus comply with both provisions, the provincial prohibition was in conflict with the positive right under the federal statute to be represented by a person who was not a lawyer. It had thus been shown that the federal legislative purpose of facilitating access to the immigration process for aliens was frustrated by the prohibitive provincial provision. That provision therefore had to yield to the federal provisions as a result of the doctrine of federal paramountcy.

[26] It is clear from these four cases that, to determine whether a conflict of purposes really exists, it is necessary to consider each of the provisions in issue in its context and to review its legislative purpose in order to clarify its scope.

[27] To identify Parliament's purpose in enacting s. 126(4) *EIA*, the Attorney General of Quebec suggests that this provision must be considered from the perspective that federal legislation generally favours the application of provincial legislation. Relying on s. 8.1 of the *Interpretation Act*, he argues that Parliament has consented to the application of the provincial rules respecting exemption from seizure, since it has not expressed an intention to exclude the application of provincial law for the purposes of s. 126(4) *EIA*. According to this

l'autorisation fédérale de distribuer et d'utiliser des pesticides, opposable aux interdictions générales de poser ces actes en particulier, n'était pas contre-carrée par l'interdiction d'épandre de tels produits à des fins purement esthétiques.

[25] Dans les trois affaires qui précèdent, les objectifs poursuivis par les différents ordres de gouvernement ont été jugés compatibles. La conclusion inverse a toutefois été tirée dans *Mangat*. Dans cette affaire, la loi fédérale autorisait les étrangers à se faire représenter devant certaines instances administratives en matière d'immigration par des personnes qui n'étaient généralement pas autorisées à pratiquer le droit. Cette faculté s'opposait à l'interdiction faite par la province d'exercer le droit sans y être autorisé. Même si les étrangers pouvaient techniquement se faire représenter par avocat et ainsi respecter les deux dispositions, l'interdiction provinciale entrainait en conflit avec le droit positif, conféré par la loi fédérale, d'être représenté par une personne qui n'était pas un avocat. On avait ainsi démontré que l'objectif du législateur fédéral qui consistait à faciliter l'accès des étrangers au processus d'immigration était contrecarré par la disposition prohibitive provinciale. Cette disposition devait donc, en vertu de la doctrine de la prépondérance des lois fédérales, céder devant les dispositions fédérales.

[26] Ces quatre affaires montrent bien que, pour déterminer si un conflit d'objectifs existe réellement, il faut replacer les dispositions en cause dans leur contexte respectif et examiner les objectifs législatifs pour préciser la portée de ces dispositions.

[27] Afin de dégager le but que poursuivait le Parlement en adoptant le par. 126(4) *LAE*, le procureur général du Québec suggère de replacer cette disposition dans le contexte global de la législation fédérale favorisant l'application des lois provinciales. L'article 8.1 de la *Loi d'interprétation* permettrait selon lui de soutenir que le Parlement a consenti à l'application des règles provinciales sur l'insaisissabilité, puisqu'il n'a pas exprimé son intention d'exclure l'application du droit provincial pour les besoins du par. 126(4) *LAE*. Suivant cet argument,

argument, Parliament's purpose in authorizing the Commission to issue a requirement to pay cannot be to deprive claimants of the protection existing under the provincial provisions. The argument based on s. 8.1 of the *Interpretation Act* cannot succeed. Section 8.1 states that if in interpreting a federal provision it is necessary to refer to private law concepts, reference must be made to the law of the province in which the provision is to be applied: see P.-A. Côté, in collaboration with S. Beaulac and M. Devinat, *The Interpretation of Legislation in Canada* (4th ed. 2011), at p. 373. Here, the federal statute provides for a recovery mechanism, the requirement to pay. That mechanism does not require the application of private law concepts that make it necessary to refer to provincial law.

[28] The legislative context of the federal provision is nevertheless relevant. In the instant case, there is no exception in the *EIA* to the effect that Parliament intended to limit the requirement to pay mechanism to what is authorized by provincial legislation. And it is apparent from the purpose and scope of the federal measure that Parliament did not consent to the restriction imposed by the provincial provision.

[29] It is not enough to find that the purpose of the provincial provision is to protect a source of basic income and that this purpose is compatible with the purpose of employment insurance benefits. Parliament's purpose in making effective recovery mechanisms available to the Commission is to protect the integrity of the employment insurance system: *Canada (Attorney General) v. Bourassa (Trustee of)*, 2002 ABCA 205, 6 Alta. L.R. (4th) 223, at para. 32.

[30] There are several situations in which amounts must be repaid or paid under the *EIA* (see, for example, ss. 38(2), 43, 45, 46 and 65), and various measures are available for recovering such amounts. Thus, under s. 126(1) *EIA*, the Commission may certify that an amount is due and ask the Federal Court to register this certificate. A certificate produced to and registered in the Federal Court has the same force as a judgment of that court (s. 126(2)

l'objectif poursuivi en accordant à la Commission le droit de procéder par demande péremptoire ne pouvait être de priver les prestataires de la protection conférée par les dispositions provinciales. L'argument fondé sur l'art. 8.1 de la *Loi d'interprétation* ne peut être retenu. Cette disposition précise que, s'il est nécessaire d'avoir recours à des notions de droit privé pour appliquer une disposition fédérale, il faut se reporter au droit en vigueur dans la province où cette disposition doit être appliquée : voir P.-A. Côté, avec la collaboration de S. Beaulac et M. Devinat, *Interprétation des lois* (4^e éd. 2009), par. 1289. En l'espèce, la loi fédérale crée un mécanisme de recouvrement, la demande péremptoire. Ce mécanisme ne requiert pas l'application de notions de droit privé nécessitant le recours au droit provincial.

[28] Le contexte législatif de la disposition fédérale est cependant pertinent. En l'espèce, aucune exception prévue par la *LAE* ne démontre l'intention du Parlement de limiter le mécanisme de la demande péremptoire de paiement en fonction de ce qu'autorise la loi provinciale. De plus, il ressort de l'objectif et de la portée de la mesure fédérale que le Parlement n'a pas consenti à la restriction imposée par la disposition provinciale.

[29] Il ne suffit pas de constater que la disposition provinciale a pour objectif de protéger une source de revenu de base et que cet objectif est compatible avec celui poursuivi par les prestations d'assurance-emploi. Le but poursuivi par le Parlement en mettant à la disposition de la Commission des mesures de recouvrement efficaces est la protection de l'intégrité du régime d'assurance-emploi : *Canada (Attorney General) c. Bourassa (Trustee of)*, 2002 ABCA 205, 6 Alta. L.R. (4th) 223, par. 32.

[30] Il existe plusieurs situations où des sommes doivent être remboursées ou payées en vertu de la *LAE* (voir, par exemple, le par. 38(2) et les art. 43, 45, 46 et 65), et ces sommes peuvent être recouvrées en ayant recours à diverses mesures. Ainsi, en vertu du par. 126(1) *LAE*, la Commission peut certifier qu'une somme est due et demander à la Cour fédérale d'enregistrer ce certificat. Le certificat produit et enregistré à la Cour fédérale a la même force

EIA). The procedure for enforcing Federal Court judgments is set out in the *Federal Courts Rules*, SOR/98-106. Rule 1.1 states that the Rules apply to proceedings in the Federal Court. Rule 448 provides that an officer of the court who is responsible for executing a writ must apply provincial law (see B. J. Saunders, D. J. Rennie and G. Garton, *Federal Courts Practice 2011* (2010), at p. 345). This means that the Commission must follow the applicable provincial procedure if it wishes to enforce the certificate, and is therefore subject to the rules respecting exemption from seizure. This is a case in which federal law explicitly provides for the co-ordination of federal and provincial provisions.

[31] There are other provisions under which federal law is expressly subject to provisions that establish exemptions from seizure. For example, s. 225(1) of the *Income Tax Act*, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.), establishes a summary procedure for seizing the goods and chattels of a person who has failed to pay an amount as required by that Act. Despite the fact that a special procedure is expressly provided for in the *Income Tax Act*, s. 225(5) states that provincial exemptions from seizure are applicable.

[32] The differences between the procedures provided for in s. 126(1) and s. 126(4) *EIA* become apparent when the two procedures are compared. The procedure under s. 126(4) is autonomous, since it can be applied without reference to other federal rules or to provincial law. It requires nothing more than the issuance of a notice by the Commission, and that notice is sufficient to effect what amounts to garnishment. If Parliament has created two separate procedures, one of which is subject to provincial law while the other is not, it must be understood to have intended the second procedure to be independent of provincial law. The Commission has been granted a freestanding positive right to proceed by way of a requirement to pay rather than by way of seizure.

[33] That Parliament intended the requirement to pay mechanism to be independent of the

qu'un jugement de cette cour (par. 126(2) *LAE*). Pour connaître la procédure d'exécution des jugements de la Cour fédérale, il faut se reporter aux *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106. L'article 1.1 de ces règles indique que celles-ci s'appliquent aux instances devant la Cour fédérale. La règle 448 précise que l'auxiliaire de justice chargé de l'exécution d'un bref doit appliquer le droit provincial (voir B. J. Saunders, D. J. Rennie et G. Garton, *Federal Courts Practice 2011* (2010), p. 345). En conséquence, la Commission doit respecter la procédure provinciale applicable lorsqu'elle veut faire exécuter le certificat et elle est donc assujettie aux règles relatives à l'insaisissabilité. Il s'agit d'un cas où le droit fédéral prévoit explicitement la coordination des dispositions fédérales et provinciales.

[31] D'autres dispositions prévoient expressément l'assujettissement du droit fédéral à certaines dispositions concernant l'insaisissabilité. Par exemple, le par. 225(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. 1985, ch. 1 (5^e suppl.), instaure une procédure sommaire de saisie des biens meubles d'une personne qui n'a pas payé un montant exigible en vertu de cette loi. Même si une procédure particulière est expressément prévue à la *Loi de l'impôt sur le revenu*, le par. 225(5) rend applicables les exemptions provinciales en matière de saisie.

[32] La comparaison entre les procédures prévues au par. 126(1) et au par. 126(4) *LAE* met en relief leurs différences. La seconde est autonome en ce que son application ne dépend ni d'autres règles fédérales ni du droit provincial. Elle repose uniquement sur la délivrance, sans autre formalité, d'un avis par la Commission. Cet avis est suffisant pour opérer ce qui équivaut à une saisie-arrêt en mains tierces. Si le Parlement a établi deux procédures — l'une qui est assujettie au droit provincial et l'autre non — il faut y voir l'intention du législateur d'instaurer dans le second cas une procédure indépendante du droit provincial. Un droit positif autonome est ainsi conféré à la Commission, soit celui d'agir par voie de demande péremptoire plutôt que par voie de saisie.

[33] Le paragraphe 42(1) *LAE* apporte une confirmation additionnelle de l'intention du Parlement de

provincial rules respecting exemption from seizure is also confirmed by s. 42(1) *EIA*, which provides that employment insurance benefits are not to be assigned, charged, attached, anticipated or given as security. The protection of employment insurance benefits from seizure undoubtedly reflects a reality similar to the situation that must have prevailed at the time the provincial legislature enacted the provision exempting income replacement benefits from seizure. Nevertheless, the explicit protection afforded with respect to employment insurance benefits must yield to the Commission's right to recover an amount that is owed under the *EIA* (s. 42(2)). This shows that Parliament intended the government's interest in such a debt to override the need to protect individuals. It would be surprising if, even though Parliament has made an exception to the prohibition on attaching employment insurance benefits in order to authorize the recovery of amounts payable under the *EIA*, its intention was to comply with the provincial provision exempting income replacement benefits from seizure.

[34] Moreover, I note that, in s. 144 *AIAOD*, the provincial legislature has itself made exceptions to the rule that income replacement benefits are unseizable. In the cases of last resort financial assistance and certain pension benefits, amounts owed may be recovered through a requirement to pay by means of a process similar to the one provided for in s. 126(4) *EIA*.

V. Conclusion

[35] The choice to give precedence to the integrity of the employment insurance system is a policy decision that falls within Parliament's authority and to which the Court must defer. The system's stability depends not only on sound management of the collection of premiums, but also on responsible management of the recovery of benefit overpayments. It must be remembered that the responsibility for financing the employment insurance system's social safety net is borne by all Canadian workers and employers.

faire de la demande péremptoire un mécanisme indépendant des règles provinciales relatives à l'insaisissabilité. Cette disposition précise en effet que les prestations d'assurance-emploi ne peuvent être cédées, grevées, saisies ou données en garantie. La protection de ces prestations contre les saisies répond sans nul doute à une réalité analogue à celle qui a inmanquablement prévalu lors de l'adoption de la disposition provinciale concernant l'insaisissabilité des prestations de remplacement du revenu. Et pourtant, la protection explicite dont bénéficient les prestations d'assurance-emploi doit céder devant le droit de la Commission de recouvrer une somme qui est due en vertu de la *LAE* (par. 42(2)). Cela indique que, dans le cas d'une telle dette, le Parlement estime que l'intérêt de l'État prime le besoin individuel de protection. Il serait étonnant que le Parlement ait écarté l'insaisissabilité des prestations d'assurance-emploi pour permettre le recouvrement des sommes payables en vertu de la *LAE*, mais qu'il ait par ailleurs eu l'intention de respecter la disposition provinciale prévoyant l'insaisissabilité des prestations de remplacement du revenu.

[34] Je souligne d'ailleurs que le législateur provincial a lui-même prévu, à l'art. 144 *LATMP*, des exceptions à l'insaisissabilité des prestations de remplacement du revenu dans le cas d'une aide financière de dernier recours et de certaines rentes. Dans de tels cas, le recouvrement de sommes dues peut se faire par voie de demande péremptoire de paiement, suivant un processus analogue à celui établi au par. 126(4) *LAE*.

V. Conclusion

[35] Le choix de faire primer l'intégrité du régime d'assurance-emploi constitue une décision de politique générale qui relève du Parlement et que la Cour doit respecter. L'équilibre du régime dépend non seulement d'une saine gestion de la perception des cotisations mais aussi d'une gestion responsable du recouvrement des prestations payées en trop. Car il convient de rappeler que le financement du filet social que représente le régime d'assurance-emploi repose sur l'ensemble des travailleurs et employeurs canadiens.

[36] I must therefore find that Parliament has, in enacting s. 126(4) *EIA*, chosen to give the Commission a freestanding positive right to require a third party to pay to the Receiver General any amount the third party owes a person who is liable to make a payment under the *EIA*, on account of that person's liability. The purpose of this measure is to ensure the integrity of the employment insurance system by making it possible to recover amounts owed under the *EIA*, including benefit overpayments, in a simple and summary fashion, without regard for the provincial rules respecting exemption from seizure. This purpose would be frustrated if the Commission were to comply with the provincial provision creating an exemption from seizure.

[37] The Attorney General of Quebec has failed to show that Parliament intended to require the Commission, in issuing a requirement to pay, to comply with the provincial provision exempting income replacement benefits from seizure. The conflict between the two provisions is not merely apparent, but is indeed real. The provincial provision is therefore inoperative owing to a conflict of purposes.

[38] For all these reasons, I would dismiss the appeal. No requests for costs have been made.

Appeal dismissed.

Solicitor for the appellant: Department of Justice, Québec.

Solicitor for the respondent the Department of Human Resources and Social Development Canada: Department of Justice Canada, Ottawa.

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

[36] Je dois donc constater que, au par. 126(4) *LAE*, le Parlement a choisi de conférer à la Commission un droit positif et autonome, qui lui permet de requérir d'un tiers qu'il verse au receveur général toute somme que ce tiers doit à une personne qui est pour sa part tenue d'effectuer un versement en application de la *LAE*, pour imputation sur le versement en cause. L'objectif de cette mesure est d'assurer l'intégrité du régime d'assurance-emploi en permettant de recouvrer simplement et sommairement, sans égard aux règles provinciales relatives à l'insaisissabilité, des sommes dues en vertu de la *LAE*, notamment à la suite de prestations versées en trop. La réalisation de cet objectif serait contrecarrée si la disposition provinciale sur l'insaisissabilité était respectée.

[37] Le procureur général du Québec n'est pas parvenu à démontrer que le Parlement entendait assujettir la Commission à l'obligation de se conformer à la disposition provinciale prévoyant l'insaisissabilité des prestations de remplacement du revenu lorsqu'elle a recours à la demande péremptoire de paiement. Le conflit entre les deux dispositions n'est pas simplement apparent, il est bien réel. La disposition provinciale est donc inopérante en raison d'un conflit d'objectifs.

[38] Pour tous ces motifs, je rejeterais l'appel. Aucuns dépens ne sont réclamés.

Pourvoi rejeté.

Procureur de l'appelant : Ministère de la Justice, Québec.

Procureur de l'intimé le ministère des Ressources humaines et Développement social Canada : Ministère de la Justice Canada, Ottawa.

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

**Information and Privacy
Commissioner** *Appellant*

v.

Alberta Teachers' Association *Respondent*

and

**Attorney General of British Columbia,
Information and Privacy Commissioner
of British Columbia and B.C.
Freedom of Information and Privacy
Association** *Intervenors*

**INDEXED AS: ALBERTA (INFORMATION AND
PRIVACY COMMISSIONER) v. ALBERTA TEACHERS'
ASSOCIATION**

2011 SCC 61

File No.: 33620.

2011: February 16; 2011: December 14.

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

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

Administrative law — Judicial review — Implied decision — Decision of adjudicator quashed on judicial review on basis of Information and Privacy Commissioner's failure to comply with statutory time limits — Issue of time limits not raised with Commissioner or adjudicator — Adjudicator consequently not specifically addressing issue and not issuing reasons in this regard — Whether a matter that was not raised at tribunal may be judicially reviewed — Whether reasons given by tribunal in other decisions may assist in determination of reasonableness of implied decision — Personal Information Protection Act, S.A. 2003, c. P-6.5, s. 50(5).

Administrative law — Standard of review — Whether a tribunal's decision relating to interpretation of its home statute or statutes closely connected to its functions is reviewable on standard of correctness or

**Information and Privacy
Commissioner** *Appelant*

c.

Alberta Teachers' Association *Intimée*

et

**Procureur général de la Colombie-
Britannique, Information and Privacy
Commissioner of British Columbia et
B.C. Freedom of Information and Privacy
Association** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : ALBERTA (INFORMATION AND
PRIVACY COMMISSIONER) c. ALBERTA TEACHERS'
ASSOCIATION**

2011 CSC 61

N^o du greffe : 33620.

2011 : 16 février; 2011 : 14 décembre.

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

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

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Décision implicite — Décision d'une déléguée annulée à l'issue d'un contrôle judiciaire au motif que le commissaire à l'information et à la protection de la vie privée n'a pas observé le délai prescrit — Inobservation du délai non soulevée devant le commissaire ou sa déléguée — La déléguée n'a donc ni examiné ni abordé expressément la question dans ses motifs — Une question qui n'a pas été soulevée devant un tribunal administratif peut-elle faire l'objet d'un contrôle judiciaire? — Les motifs du tribunal administratif dans d'autres affaires peuvent-ils permettre de se prononcer sur le caractère raisonnable d'une décision implicite? — Personal Information Protection Act, S.A. 2003, ch. P-6.5, art. 50(5).

Droit administratif — Norme de contrôle — La décision d'un tribunal administratif qui interprète sa propre loi constitutive ou une loi étroitement liée à son mandat est-elle assujettie à la norme de la décision correcte ou

reasonableness — Whether category of true questions of jurisdiction or vires should be maintained when tribunal is interpreting its home statute or statutes closely connected to its functions.

The Information and Privacy Commissioner received complaints that the Alberta Teachers' Association ("ATA") disclosed private information in contravention of the Alberta *Personal Information Protection Act* ("PIPA"). At the time, s. 50(5) of PIPA provided that an inquiry must be completed within 90 days of the complaint being received unless the Commissioner notified the parties that he was extending the time period and he provided an anticipated date for completing the inquiry. The Commissioner took 22 months from the initial complaint before extending the estimated date on which the inquiry would be concluded. Seven months later, an adjudicator delegated by the Commissioner issued an order, finding that the ATA had contravened the Act. The ATA applied for judicial review of the adjudicator's order. In argument, it claimed for the first time that the Commissioner had lost jurisdiction due to his failure to extend the period for completion of the inquiry within 90 days of the complaint being received. The chambers judge quashed the adjudicator's decision on that basis. A majority of the Court of Appeal upheld the chambers judge's decision.

Held: The appeal should be allowed.

Per McLachlin C.J. and LeBel, Fish, Abella, Charron and Rothstein JJ.: Although the timelines issue was not raised before the Commissioner or the adjudicator, the adjudicator implicitly decided that providing an extension after 90 days did not automatically terminate the inquiry. The adjudicator's decision was subject to judicial review on a reasonableness standard and her decision was reasonable. The adjudicator's order should be reinstated and the matter should be remitted to the chambers judge to consider issues not dealt with and resolved in the judicial review.

A court has discretion not to undertake judicial review of an issue and generally will not review an issue that could have been, but was not, raised before the tribunal. However, in this case, the rationales for the general rule have limited application. The Commissioner has consistently expressed his views in other cases, so we have the benefit of his expertise. No evidence was required to consider the timelines issue and no prejudice was alleged.

à celle de la décision raisonnable? — La catégorie des véritables questions de compétence doit-elle subsister relativement à l'interprétation par un tribunal administratif de sa propre loi constitutive ou d'une loi étroitement liée à son mandat?

Le commissaire à l'information et à la protection de la vie privée a reçu des plaintes selon laquelle l'Alberta Teachers' Association (« ATA ») avait communiqué des renseignements privés et enfreint de ce fait la *Personal Information Protection Act* de l'Alberta (« PIPA »). Suivant le par. 50(5) de la PIPA alors en vigueur, l'enquête du commissaire devait prendre fin au plus tard 90 jours après la réception de la plainte, sauf avis du commissaire aux parties de la prorogation du délai et de la date prévue d'achèvement de l'enquête. Le commissaire n'a prorogé l'enquête et fixé la date de son achèvement que 22 mois après le dépôt de la première plainte. Sept mois plus tard, la personne qu'il a déléguée a rendu une ordonnance dans laquelle elle concluait que l'ATA avait contrevenu à la Loi. L'ATA a demandé le contrôle judiciaire de l'ordonnance et fait valoir pour la première fois qu'en ne prorogeant pas l'enquête au plus tard 90 jours après la réception de la plainte, le commissaire avait perdu compétence. Le juge en cabinet a annulé la décision de la déléguée pour ce motif. La Cour d'appel a confirmé à la majorité la décision du juge.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli.

La juge en chef McLachlin et les juges LeBel, Fish, Abella, Charron et Rothstein : Même si la question de l'observation du délai n'a pas été soulevée devant le commissaire ou sa déléguée, cette dernière a conclu tacitement que l'omission de proroger le délai avant l'expiration des 90 jours impartis n'avait pas automatiquement mis fin à l'enquête. Au regard de la norme de contrôle de la décision raisonnable à laquelle elle est assujettie, la décision de la déléguée est raisonnable. L'ordonnance de la déléguée est rétablie, et l'affaire est renvoyée au juge en cabinet pour qu'il statue sur les questions qui n'ont pas déjà été examinées et réglées lors du contrôle judiciaire.

La cour de justice jouit du pouvoir discrétionnaire d'entreprendre ou non un contrôle judiciaire et, en règle générale, elle s'en abstient lorsque la question aurait pu être soulevée devant le tribunal administratif mais qu'elle ne l'a pas été. Toutefois, les considérations qui justifient la règle générale ont une application limitée en l'espèce. Le commissaire a exprimé son opinion dans d'autres décisions, ce qui donne accès à son expertise. Nul élément de preuve n'était requis pour trancher la question de l'observation du délai, et nul préjudice n'était allégué.

In the present appeal, the letter notifying the parties of the extension was sent after the expiration of 90 days. An inquiry was conducted and the adjudicator ultimately rendered an order against the ATA. The issue raised by the ATA on judicial review could only be decided in one of two ways — either the consequence of an extension was that the inquiry was terminated or not. Both the Commissioner and the adjudicator implicitly decided that providing an extension after 90 days did not result in the inquiry being automatically terminated.

In this case, a reasonableness standard applied on judicial review. The Commissioner was interpreting his own statute and the question was within his specialized expertise. Deference will usually result where a tribunal is interpreting its own statute or statutes closely connected to its function, unless the question falls into a category of question to which the correctness standard continues to apply. The timelines question does not fall into such a category: it is not a constitutional question, a question regarding the jurisdictional lines between competing specialized tribunals, a question of central importance to the legal system as a whole, nor a true question of jurisdiction or *vires*. Experience has shown that the category of true questions of jurisdiction is narrow and it may be that the time has come to reconsider whether this category exists and is necessary to identify the appropriate standard of review. Uncertainty has plagued standard of review analysis for many years. The “true questions of jurisdiction” category has caused confusion to counsel and judges alike and without a clear definition or content to the category, courts will continue to be in doubt on this question. For now, it is sufficient to say that, unless the situation is exceptional, the interpretation by a tribunal of its home statute or statutes closely connected to its function should be presumed to be a question of statutory interpretation subject to deference on judicial review. As long as the “true question of jurisdiction” category remains, a party seeking to invoke it should be required to demonstrate why the court should not review a tribunal’s interpretation of its home statute on the standard of reasonableness.

The deference due to a tribunal does not disappear because its decision was implicit. Parties cannot gut the deference owed to a tribunal by failing to raise the

En l’espèce, les parties ont été informées par lettre de la prorogation du délai de 90 jours après l’expiration de celui-ci. La déléguée a mené l’enquête à terme, puis rendu une ordonnance défavorable à l’ATA. La question soulevée par l’ATA lors du contrôle judiciaire ne pouvait appeler que l’une de deux conclusions possibles : soit la prorogation n’avait pas mis fin à l’enquête, soit elle y avait mis fin. Le commissaire et sa déléguée ont implicitement décidé que la prorogation du délai après les 90 jours impartis n’a pas automatiquement mis fin à l’enquête.

Dans la présente affaire, la décision était assujettie à la norme de contrôle de la décision raisonnable. Le commissaire interprétait sa propre loi constitutive, et la question relevait de son expertise. Lorsqu’un tribunal administratif interprète sa propre loi constitutive ou une loi étroitement liée à son mandat, la déférence est habituellement de mise, sauf si la question relève d’une catégorie de questions à laquelle la norme de la décision correcte demeure applicable. La question de l’observation du délai n’appartient pas à une telle catégorie : elle n’est pas de nature constitutionnelle, elle n’a pas trait à la délimitation des compétences respectives de tribunaux spécialisés concurrents, elle ne revêt pas une importance capitale pour le système juridique dans son ensemble et elle ne touche pas véritablement à la compétence. L’expérience enseigne que peu de questions appartiennent à la catégorie des véritables questions de compétence, et le temps est peut-être venu de se demander si cette catégorie existe et si elle est nécessaire pour arrêter la norme de contrôle applicable. Pendant de nombreuses années, l’incertitude a pesé sur l’analyse relative à la norme de contrôle. La catégorie des « questions touchant véritablement à la compétence » a semé la confusion tant chez les juges que chez les avocats et, sans une définition claire ni de précision quant à sa teneur, les cours de justice demeureront dans l’incertitude à ce sujet. Pour l’heure, il suffit d’affirmer que, sauf situation exceptionnelle, il convient de présumer que l’interprétation par un tribunal administratif de sa propre loi constitutive ou d’une loi étroitement liée à son mandat est une question d’interprétation législative commandant la déférence en cas de contrôle judiciaire. Tant que subsiste la catégorie des « véritables questions de compétence », la partie qui prétend soulever une question qui y appartient doit établir les raisons pour lesquelles le contrôle visant l’interprétation de sa loi constitutive par un tribunal administratif ne devrait pas s’effectuer au regard de la norme de la décision raisonnable.

Un tribunal administratif ne cesse pas d’avoir droit à la déférence parce que sa décision est implicite. Les parties ne sauraient, en omettant de soulever une

issue before the tribunal and thereby mislead the tribunal on the necessity of providing reasons. When the decision under review concerns an issue that was not raised before the decision maker, the reviewing court can consider reasons which could have been offered in support of the decision. When a reasonable basis for an implied decision is apparent, a reviewing court should uphold the decision as reasonable. In some cases, it may be that the reviewing court cannot adequately show deference without first providing the decision maker the opportunity to give its own reasons for the decision. It will generally be inappropriate to find that there is no reasonable basis for the tribunal's decision without first giving the tribunal an opportunity to provide one.

Reasons given by a tribunal in other decisions on the same issue can assist a reviewing court in determining whether a reasonable basis for an implied decision exists. Other decisions by the Commissioner and the adjudicator have provided consistent analyses of the similarly worded s. 69(6) of the *Freedom of Information and Protection of Privacy Act* ("FOIPA"). The Commissioner has held that a similar 90-day time limit in s. 69(6) applies only to his duty to complete an inquiry and not to extending time to complete an inquiry. His interpretation of s. 69(6) systematically addresses the text of that provision, its purposes, and the practical realities of conducting inquiries. His interpretation of s. 69(6) satisfies the values of justification, transparency and intelligibility in administrative decision making.

It is reasonable to assume that the Commissioner's interpretations of s. 69(6) of FOIPA are the reasons of the adjudicator in this case. Both s. 50(5) of PIPA and s. 69(6) of FOIPA govern inquiries conducted by the Commissioner. They are identically structured and use almost identical language. It was reasonable for the adjudicator to apply the Commissioner's interpretation of s. 69(6) of FOIPA to s. 50(5) of PIPA. The interpretation does not render statutory requirements of notice meaningless. No principle of statutory interpretation requires a presumption that an extension must be granted before the expiry of the 90-day time limit simply because s. 50(5) is silent as to when an extension of time can be granted. The distinction between mandatory and directory provisions does not arise in this case because this is not a case of failure by a tribunal to comply with a legislative direction. Therefore, there exists a reasonable basis for the adjudicator's implied decision in this case.

question et en induisant ainsi le tribunal administratif en erreur quant à la nécessité de motiver sa décision, écarter la déférence due à ce dernier. Lorsque la décision contestée porte sur une question qui n'a pas été soulevée devant le décideur, la juridiction de révision peut prendre en compte les motifs qui auraient pu être donnés à l'appui. Lorsque la décision tacite a un fondement raisonnable manifeste, la juridiction de révision devrait la déclarer raisonnable et la confirmer. Il peut arriver parfois qu'une juridiction de révision ne puisse manifester la déférence voulue sans offrir d'abord au décideur administratif la possibilité d'exposer les motifs de sa décision. Il ne convient généralement pas qu'elle conclue à l'absence d'assise raisonnable sans offrir d'abord au tribunal administratif la possibilité d'en fournir une.

La juridiction de révision peut s'en remettre aux motifs d'autres décisions du tribunal administratif sur le même point pour décider si une décision implicite a un fondement raisonnable ou non. Dans d'autres décisions, le commissaire et ses délégués interprètent de manière constante le par. 69(6) de la *Freedom of Information and Protection of Privacy Act* (« FOIPA »), dont le libellé est semblable. Le commissaire conclut que le délai apparenté de 90 jours prévu au par. 69(6) ne vise que l'achèvement de l'enquête, et non la prorogation du délai pour la mener à terme. Son interprétation du par. 69(6) aborde successivement le texte de la disposition, son objet et l'expérience du commissaire au chapitre de la tenue d'enquêtes. Elle satisfait également aux exigences de justification, de transparence et d'intelligibilité du processus décisionnel administratif.

On peut certes présumer que les motifs du commissaire interprétant le par. 69(6) de la FOIPA sont repris par la déléguée en l'espèce. Le paragraphe 50(5) de la PIPA et le par. 69(6) de la FOIPA s'appliquent aux enquêtes du commissaire, ils sont conçus de la même manière et leurs libellés sont presque identiques. La déléguée pouvait légitimement appliquer au par. 50(5) de la PIPA l'interprétation du par. 69(6) de la FOIPA par le commissaire. Pareille conclusion ne rend pas inutile l'obligation légale de donner un avis. Aucun principe d'interprétation législative n'établit de présomption voulant que la prorogation doive intervenir avant l'expiration du délai de 90 jours seulement parce que le par. 50(5) ne précise pas la période pendant laquelle le délai peut être prorogé. La distinction entre les dispositions législatives impératives et celles qui sont directives ne joue pas en l'espèce, car il ne s'agit pas d'un cas où le tribunal administratif a omis de se conformer à une prescription du législateur. Par conséquent, la décision implicite de la déléguée avait une assise raisonnable.

Per Binnie and Deschamps JJ.: There is agreement with Cromwell J. that the concept of jurisdiction is fundamental to judicial review of administrative tribunals and to the rule of law. Administrative tribunals operate within a legal framework dictated by the Constitution and limited by their respective statutory mandates and it is the courts that determine the outer limits of those mandates. On the other hand, the notion of a “true question of jurisdiction or *vires*” is not helpful at the practical everyday level of deciding whether or not the courts are entitled to intervene in a particular administrative decision.

The middle ground lies in the more nuanced approach adopted in *Canada (Canadian Human Rights Commission) v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 53, [2011] 3 S.C.R. 471, that if the issue relates to the interpretation and application of a tribunal’s own statute, is within its expertise and does not raise issues of general legal importance, the standard of reasonableness will generally apply. The expression “issues of general legal importance” means issues whose resolution has significance outside the operation of the statutory scheme under consideration. “Reasonableness” is a deceptively simple omnibus term which gives reviewing judges a broad discretion to choose from a variety of levels of scrutiny from the relatively intense to the not so intense. The calibration will be challenging enough for reviewing judges without superadding an elusive search for something that can be labelled a true question of *vires* or jurisdiction.

On the other hand, Rothstein J.’s creation of a “presumption” based on insufficient criteria simply adds a further step to what should be a straightforward analysis. A simplified approach would be that if the issue before the reviewing court relates to the interpretation or application of a tribunal’s “home statute” and related statutes that are also within the core function and expertise of the decision maker, and the issue does not raise matters of legal importance beyond the statutory scheme under review, the Court should afford a measure of deference under the standard of reasonableness. Otherwise, the last word on questions of law should be left with the courts.

Per Cromwell J.: In this case the applicable standard of review is reasonableness. The Commissioner’s power to extend time is granted in broad terms in the context

Les juges Binnie et Deschamps : Le juge Cromwell a raison d’affirmer que la notion de compétence est fondamentale dans le contrôle judiciaire des décisions des tribunaux administratifs et pour la primauté du droit. Les tribunaux administratifs exercent leurs fonctions dans le cadre juridique que dicte la Constitution et que délimitent leurs mandats légaux respectifs, et ce sont les cours de justice qui déterminent la portée de ces mandats. Par contre, la notion de « question touchant véritablement à la compétence » ne se révèle pas utile au quotidien pour déterminer concrètement si une cour de justice est admise ou non à s’immiscer dans une décision administrative donnée.

La démarche nuancée de la Cour dans l’arrêt *Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 53, [2011] 3 R.C.S. 471, selon laquelle lorsqu’il s’agit d’interpréter et d’appliquer sa propre loi, dans son domaine d’expertise et sans que soit soulevée une question de droit générale, la norme de la décision raisonnable s’applique habituellement, constitue un compromis entre les points de vue qui s’opposent en l’espèce. Une « question de droit générale » s’entend d’une question dont le règlement n’importe pas seulement pour le régime législatif considéré. La « raisonnabilité » est une notion générale d’apparence trompeusement simple qui confère à la juridiction de révision le pouvoir discrétionnaire étendu de choisir entre divers degrés d’examen, allant de celui relativement intense à celui qui l’est moins. Les juges saisis de demandes de contrôle judiciaire ont déjà suffisamment à faire pour déterminer l’intensité de l’examen nécessaire sans qu’on leur demande en plus de rechercher un élément insaisissable susceptible d’être qualifié de question touchant véritablement à la compétence.

En revanche, la création par le juge Rothstein d’une présomption fondée sur des critères insuffisants ne fait qu’ajouter une étape à une analyse qui devrait être simple. Suivant une démarche simplifiée, lorsque la décision visée par le contrôle judiciaire a trait à l’interprétation ou à l’application de la loi constitutive du tribunal administratif ou d’une loi connexe qui relève elle aussi essentiellement du mandat et de l’expertise du décideur, et qu’elle ne soulève pas de questions de droit générales, au-delà du régime législatif en cause, la Cour devrait se montrer déférente suivant la norme de la décision raisonnable. Sinon, il appartient à la cour de justice de statuer en dernier ressort sur les questions de droit.

Le juge Cromwell : La norme de contrôle applicable en l’espèce est celle de la décision raisonnable. Le pouvoir de prorogation est conféré au commissaire en

of a detailed and highly specialized statutory scheme which it is the Commissioner's duty to administer and under which he is required to exercise many broadly granted discretions. The adjudicator's decision on the timeliness issue should be reinstated and the matter should be remitted to the chambers judge to consider the issues not dealt with and resolved in the judicial review proceedings. Courts have a constitutional responsibility to ensure that administrative action does not exceed its jurisdiction, but they must also give effect to legislative intent when determining the applicable standard of judicial review. The standard of review analysis identifies the limits of the legality of a tribunal's actions and defines the limits of the role of the reviewing court. When existing jurisprudence has not already satisfactorily determined the standard of review applicable to the case at hand, the courts apply several relevant factors. These factors allow the courts to identify questions that are reviewable on a standard of correctness. Elevating to a virtually irrefutable presumption the general guideline that a tribunal's interpretation of its home statute will not often raise a jurisdictional question goes well beyond saying that deference will usually result where a tribunal's interpretation of its home statute is in issue. The terms "jurisdictional" and "*vires*" are unhelpful to the standard of review analysis but true questions of jurisdiction and *vires* do exist. There are legal questions in "home" statutes whose resolution legislatures do not intend to leave to the tribunal. As this Court's recent jurisprudence confirms, as a matter of either constitutional law or legislative intent, a tribunal must be correct on certain issues. The fact that s. 50(5) of *PIPA* is in the Commissioner's home statute did not relieve the reviewing court of its duty to consider the argument that the provision was one whose interpretation the legislator intended to be reviewed for correctness, by examining the provision and other relevant factors.

Cases Cited

By Rothstein J.

Discussed: *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; **distinguished:** *Kellogg Brown and Root Canada v. Information and Privacy Commissioner (Alta.)*, 2007 ABQB 499, 434 A.R.

termes généraux dans le contexte d'un régime législatif détaillé et très spécialisé qu'il lui incombe d'administrer et en application duquel il est appelé à exercer de nombreux pouvoirs discrétionnaires accordés de manière générale. Il convient de rétablir la décision du commissaire concernant l'observation du délai et de renvoyer l'affaire au juge en cabinet pour qu'il statue sur les questions qui n'ont pas déjà été examinées et réglées lors du contrôle judiciaire. Une cour de justice a l'obligation constitutionnelle de s'assurer que les actes de l'Administration n'outrepassent pas les limites de sa compétence, mais elle doit aussi tenir compte de l'intention du législateur lorsqu'elle détermine la norme de contrôle applicable. L'analyse relative à la norme de contrôle délimite la légalité des actes du tribunal administratif et circonscrit la fonction de la cour de justice siégeant en révision. Lorsque la jurisprudence existante ne détermine pas déjà de façon satisfaisante la norme de contrôle applicable à la décision, la cour de justice applique plusieurs considérations pertinentes. Ces considérations lui permettent de déterminer quelle décision est susceptible de contrôle selon la norme de la décision correcte. Élever au rang de présomption pour ainsi dire irréfutable l'énoncé général voulant que l'interprétation par un tribunal administratif de sa loi constitutive soulève rarement une question de compétence va beaucoup plus loin qu'affirmer que la déférence est habituellement de mise envers un tribunal administratif qui interprète sa loi constitutive. L'emploi du mot « compétence » est inutile dans l'analyse relative à la norme de contrôle, mais les questions touchant véritablement à la compétence existent. Une loi constitutive renferme des dispositions qui soulèvent des questions de droit sur lesquelles le législateur n'a pas voulu que le tribunal administratif ait le dernier mot. Comme le confirme la jurisprudence récente de la Cour, suivant le droit constitutionnel ou l'intention du législateur, la décision du tribunal administratif sur certaines questions doit être correcte. La présence du par. 50(5) de la *PIPA* dans la loi constitutive du commissaire ne soustrait pas la cour de justice siégeant en révision à son obligation de se pencher — par l'examen de la disposition et de toute autre considération pertinente — sur la thèse selon laquelle le législateur a voulu que le contrôle de l'interprétation de la disposition s'effectue selon la norme de la décision correcte.

Jurisprudence

Citée par le juge Rothstein

Arrêt analysé : *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; **distinction d'avec l'arrêt :** *Kellogg Brown and Root Canada c. Information and Privacy Commissioner (Alta.)*, 2007 ABQB 499,

- 311; referred to: *Canadian Pacific Ltd. v. Matsqui Indian Band*, [1995] 1 S.C.R. 3; *Toussaint v. Canada Labour Relations Board* (1993), 160 N.R. 396; *Poirier v. Canada (Minister of Veterans Affairs)*, [1989] 3 F.C. 233; *Shubenacadie Indian Band v. Canada (Human Rights Commission)*, [1998] 2 F.C. 198; *Legal Oil & Gas Ltd. v. Surface Rights Board*, 2001 ABCA 160, 303 A.R. 8; *United Nurses of Alberta, Local 160 v. Chinook Regional Health Authority*, 2002 ABCA 246, 317 A.R. 385; *Council of Canadians with Disabilities v. VIA Rail Canada Inc.*, 2007 SCC 15, [2007] 1 S.C.R. 650; *Waters v. British Columbia (Director of Employment Standards)*, 2004 BCSC 1570, 40 C.L.R. (3d) 84; *Alberta v. Nilsson*, 2002 ABCA 283, 320 A.R. 88; *A.C. Concrete Forming Ltd. v. Residential Low Rise Forming Contractors Assn. of Metropolitan Toronto and Vicinity*, 2009 ONCA 292, 306 D.L.R. (4th) 251; *Smith v. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 SCC 7, [2011] 1 S.C.R. 160, rev'g 2009 FCA 110, 389 N.R. 363, rev'g 2008 FC 12, 34 C.E.L.R. (3d) 138; *Canada (Canadian Human Rights Commission) v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 53, [2011] 3 S.C.R. 471; *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.*, [1979] 2 S.C.R. 227; *Syndicat des professeurs du collège de Lévis-Lauzon v. CEGEP de Lévis-Lauzon*, [1985] 1 S.C.R. 596; *Union des employés de commerce, local 503 v. Roy*, [1980] C.A. 394; *Celgene Corp. v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 1, [2011] 1 S.C.R. 3, aff'g 2009 FCA 378, 315 D.L.R. (4th) 270, rev'g 2009 FC 271, 344 F.T.R. 45; *Nolan v. Kerry (Canada) Inc.*, 2009 SCC 39, [2009] 2 S.C.R. 678, aff'g *sub nom. Kerry (Canada) Inc. v. DCA Employees Pension Committee*, 2007 ONCA 416, 86 O.R. (3d) 1, rev'g *sub nom. Nolan v. Superintendent of Financial Services* (2006), 209 O.A.C. 21; *Northrop Grumman Overseas Services Corp. v. Canada (Attorney General)*, 2009 SCC 50, [2009] 3 S.C.R. 309; *Nor-Man Regional Health Authority Inc. v. Manitoba Association of Health Care Professionals*, 2011 SCC 59, [2011] 3 S.C.R. 616; *Petro-Canada v. Workers' Compensation Board (B.C.)*, 2009 BCCA 396, 276 B.C.A.C. 135; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339; *Canada (Attorney General) v. Mavi*, 2011 SCC 30, [2011] 2 S.C.R. 504; *Order P2008-005; College of Alberta Psychologists*, December 17, 2008, O.I.P.C.; *Order F2006-031; Edmonton Police Service*, September 22, 2008, O.I.P.C.; *Order F2008-013; Edmonton (Police Service) (Re)*, [2008] A.I.P.C.D. No. 71 (QL); *Order F2007-014; Edmonton (Police Service) (Re)*, [2008] A.I.P.C.D. No. 72 (QL); *Order F2008-003; Edmonton Police Service*, December 12, 2008, O.I.P.C.; *Order F2008-016; Edmonton (Police Service) (Re)*, [2008] A.I.P.C.D. No. 82 (QL); *Order F2008-017; Edmonton (Police Service) (Re)*, [2008] A.I.P.C.D. No.
- 434 A.R. 311; **arrêts mentionnés** : *Canadien Pacifique Ltée c. Bande indienne de Matsqui*, [1995] 1 R.C.S. 3; *Toussaint c. Conseil canadien des relations du travail* (1993), 160 N.R. 396; *Poirier c. Canada (Ministre des affaires des anciens combattants)*, [1989] 3 C.F. 233; *Bande indienne de Shubenacadie c. Canada (Commission des droits de la personne)*, [1998] 2 C.F. 198; *Legal Oil & Gas Ltd. c. Surface Rights Board*, 2001 ABCA 160, 303 A.R. 8; *United Nurses of Alberta, Local 160 c. Chinook Regional Health Authority*, 2002 ABCA 246, 317 A.R. 385; *Conseil des Canadiens avec déficiences c. VIA Rail Canada Inc.*, 2007 CSC 15, [2007] 1 R.C.S. 650; *Waters c. British Columbia (Director of Employment Standards)*, 2004 BCSC 1570, 40 C.L.R. (3d) 84; *Alberta c. Nilsson*, 2002 ABCA 283, 320 A.R. 88; *A.C. Concrete Forming Ltd. c. Residential Low Rise Forming Contractors Assn. of Metropolitan Toronto and Vicinity*, 2009 ONCA 292, 306 D.L.R. (4th) 251; *Smith c. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 CSC 7, [2011] 1 R.C.S. 160, inf. 2009 CAF 110, 389 N.R. 363, inf. 2008 CF 12, 34 C.E.L.R. (3d) 138; *Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 53, [2011] 3 R.C.S. 471; *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227; *Syndicat des professeurs du collège de Lévis-Lauzon c. CEGEP de Lévis-Lauzon*, [1985] 1 R.C.S. 596; *Union des employés de commerce, local 503 c. Roy*, [1980] C.A. 394; *Celgene Corp. c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 1, [2011] 1 R.C.S. 3, conf. 2009 CAF 378, 315 D.L.R. (4th) 270, inf. 2009 CF 271, 344 F.T.R. 45; *Nolan c. Kerry (Canada) Inc.*, 2009 CSC 39, [2009] 2 R.C.S. 678, conf. *sub nom. Kerry (Canada) Inc. c. DCA Employees Pension Committee*, 2007 ONCA 416, 86 O.R. (3d) 1, inf. *sub nom. Nolan c. Superintendent of Financial Services* (2006), 209 O.A.C. 21; *Northrop Grumman Overseas Services Corp. c. Canada (Procureur général)*, 2009 CSC 50, [2009] 3 R.C.S. 309; *Nor-Man Regional Health Authority Inc. c. Manitoba Association of Health Care Professionals*, 2011 CSC 59, [2011] 3 R.C.S. 616; *Petro-Canada c. Workers' Compensation Board (B.C.)*, 2009 BCCA 396, 276 B.C.A.C. 135; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339; *Canada (Procureur général) c. Mavi*, 2011 CSC 30, [2011] 2 R.C.S. 504; *Order P2008-005; College of Alberta Psychologists*, December 17, 2008, O.I.P.C.; *Order F2006-031; Edmonton Police Service*, September 22, 2008, O.I.P.C.; *Order F2008-013; Edmonton (Police Service) (Re)*, [2008] A.I.P.C.D. No. 71 (QL); *Order F2007-014; Edmonton (Police Service) (Re)*, [2008] A.I.P.C.D. No. 72 (QL); *Order F2008-003; Edmonton Police Service*, December 12, 2008, O.I.P.C.; *Order F2008-016; Edmonton (Police Service) (Re)*, [2008] A.I.P.C.D. No. 82 (QL); *Order F2008-017; Edmonton (Police Service) (Re)*, [2008] A.I.P.C.D. No.

79 (QL); *Order F2008-005; Edmonton (Police Service) (Re)*, [2008] A.I.P.C.D. No. 81 (QL); *Order F2008-018; Edmonton (Police Service) (Re)*, [2009] A.I.P.C.D. No. 3 (QL); *Order F2008-027; Edmonton (Police Service) (Re)*, [2009] A.I.P.C.D. No. 20 (QL); *Order F2007-031; Grande Yellowhead Regional Division No. 35*, November 27, 2008, O.I.P.C.; *British Columbia (Attorney General) v. Canada (Attorney General)*, [1994] 2 S.C.R. 41.

By Binnie J.

Discussed: *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *Canada (Canadian Human Rights Commission) v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 53, [2011] 3 S.C.R. 471; **referred to:** *Metropolitan Life Insurance Co. v. International Union of Operating Engineers, Local 796*, [1970] S.C.R. 425; *Bell v. Ontario Human Rights Commission*, [1971] S.C.R. 756; *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982; *Pezim v. British Columbia (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 S.C.R. 557; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339.

By Cromwell J.

Discussed: *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; **referred to:** *Nolan v. Kerry (Canada) Inc.*, 2009 SCC 39, [2009] 2 S.C.R. 678; *Metropolitan Life Insurance Co. v. International Union of Operating Engineers, Local 796*, [1970] S.C.R. 425; *Bell v. Ontario Human Rights Commission*, [1971] S.C.R. 756; *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.*, [1979] 2 S.C.R. 227; *Crevier v. Attorney General of Quebec*, [1981] 2 S.C.R. 220; *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982; *United Taxi Drivers' Fellowship of Southern Alberta v. Calgary (City)*, 2004 SCC 19, [2004] 1 S.C.R. 485; *Northrop Grumman Overseas Services Corp. v. Canada (Attorney General)*, 2009 SCC 50, [2009] 3 S.C.R. 309.

Statutes and Regulations Cited

Constitution Act, 1867, s. 96.
Federal Courts Act, R.S.C. 1985, c. F-7, s. 18.1(4)(a).
Freedom of Information and Protection of Privacy Act, R.S.A. 2000, c. F-25, ss. 2(b), 69(6).

(*Re*), [2008] A.I.P.C.D. No. 82 (QL); *Order F2008-017; Edmonton (Police Service) (Re)*, [2008] A.I.P.C.D. No. 79 (QL); *Order F2008-005; Edmonton (Police Service) (Re)*, [2008] A.I.P.C.D. No. 81 (QL); *Order F2008-018; Edmonton (Police Service) (Re)*, [2009] A.I.P.C.D. No. 3 (QL); *Order F2008-027; Edmonton (Police Service) (Re)*, [2009] A.I.P.C.D. No. 20 (QL); *Order F2007-031; Grande Yellowhead Regional Division No. 35*, November 27, 2008, O.I.P.C.; *Colombie-Britannique (Procureur général) c. Canada (Procureur général)*, [1994] 2 R.C.S. 41.

Citée par le juge Binnie

Arrêts analysés : *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 53, [2011] 3 R.C.S. 471; **arrêts mentionnés :** *Metropolitan Life Insurance Co. c. International Union of Operating Engineers, Local 796*, [1970] R.C.S. 425; *Bell c. Ontario Human Rights Commission*, [1971] R.C.S. 756; *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982; *Pezim c. Colombie-Britannique (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 R.C.S. 557; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339.

Citée par le juge Cromwell

Arrêt analysé : *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; **arrêts mentionnés :** *Nolan c. Kerry (Canada) Inc.*, 2009 CSC 39, [2009] 2 R.C.S. 678; *Metropolitan Life Insurance Co. c. International Union of Operating Engineers, Local 796*, [1970] R.C.S. 425; *Bell c. Ontario Human Rights Commission*, [1971] R.C.S. 756; *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227; *Crevier c. Procureur général du Québec*, [1981] 2 R.C.S. 220; *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982; *United Taxi Drivers' Fellowship of Southern Alberta c. Calgary (Ville)*, 2004 CSC 19, [2004] 1 R.C.S. 485; *Northrop Grumman Overseas Services Corp. c. Canada (Procureur général)*, 2009 CSC 50, [2009] 3 R.C.S. 309.

Lois et règlements cités

Freedom of Information and Protection of Privacy Act, R.S.A. 2000, ch. F-25, art. 2b), 69(6).
Loi constitutionnelle de 1867, art. 96.
Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. 1985, ch. F-7, art. 18.1(4)(a).

Personal Information Protection Act, S.A. 2003, c. P-6.5, ss. 3, 7, 19, 43, 47, 50(5), 54(5) [rep. S.A. 2009, c. 50, s. 38].

Authors Cited

- Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.
- Macaulay, Robert W., and James L. H. Sprague. *Practice and Procedure Before Administrative Tribunals*, vol. 3. Toronto: Carswell, 2004 (loose-leaf updated 2010, release 6).
- Mullan, David. “*Dunsmuir v. New Brunswick*, Standard of Review and Procedural Fairness for Public Servants: Let’s Try Again!” (2008), 21 *C.J.A.L.P.* 117.
- Mullan, David J. “The McLachlin Court and the Public Law Standard of Review: A Major Irritant Soothed or a Significant Ongoing Problem?”, in David A. Wright and Adam M. Dodek, eds., *Public Law at the McLachlin Court: The First Decade*. Toronto: Irwin Law, 2011, 79.
- Sopinka, John, and Mark A. Gelowitz. *The Conduct of an Appeal*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 2000.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (Berger, Watson and Slatter J.J.A.), 2010 ABCA 26, 21 Alta. L.R. (5th) 30, 474 A.R. 169, 479 W.A.C. 169, 316 D.L.R. (4th) 117, [2010] 8 W.W.R. 457, 1 Admin. L.R. (5th) 60, [2010] A.J. No. 51 (QL), 2010 CarswellAlta 94, affirming a decision of Marshall J. (2008), 21 Alta. L.R. (5th) 24, 1 Admin. L.R. (5th) 85, [2008] A.J. No. 1592 (QL), 2008 CarswellAlta 2300. Appeal allowed.

Glenn Solomon, Q.C., and *Rob W. Armstrong*, for the appellant.

Sandra M. Anderson and *Anne L. G. Côté*, for the respondent.

Written submissions only by *David Loukidelis, Q.C.*, *Veronica Jackson* and *Deanna Billo*, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

Written submissions only by *T. Murray Rankin, Q.C.*, and *Nitya Iyer*, for the intervener the Information and Privacy Commissioner of British Columbia.

Brent B. Olthuis and *Tam C. Boyar*, for the intervener the B.C. Freedom of Information and Privacy Association.

Personal Information Protection Act, S.A. 2003, ch. P-6.5, art. 3, 7, 19, 43, 47, 50(5), 54(5) [abr. S.A. 2009, ch. 50, art. 38].

Doctrine citée

- Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto : Butterworths, 1983.
- Macaulay, Robert W., and James L. H. Sprague. *Practice and Procedure Before Administrative Tribunals*, vol. 3. Toronto : Carswell, 2004 (loose-leaf updated 2010, release 6).
- Mullan, David. « *Dunsmuir v. New Brunswick*, Standard of Review and Procedural Fairness for Public Servants : Let’s Try Again! » (2008), 21 *C.J.A.L.P.* 117.
- Mullan, David J. « The McLachlin Court and the Public Law Standard of Review : A Major Irritant Soothed or a Significant Ongoing Problem? », in David A. Wright and Adam M. Dodek, eds., *Public Law at the McLachlin Court : The First Decade*. Toronto : Irwin Law, 2011, 79.
- Sopinka, John, and Mark A. Gelowitz. *The Conduct of an Appeal*, 2nd ed. Toronto : Butterworths, 2000.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de l’Alberta (les juges Berger, Watson et Slatter), 2010 ABCA 26, 21 Alta. L.R. (5th) 30, 474 A.R. 169, 479 W.A.C. 169, 316 D.L.R. (4th) 117, [2010] 8 W.W.R. 457, 1 Admin. L.R. (5th) 60, [2010] A.J. No. 51 (QL), 2010 CarswellAlta 94, qui a confirmé une décision du juge Marshall (2008), 21 Alta. L.R. (5th) 24, 1 Admin. L.R. (5th) 85, [2008] A.J. No. 1592 (QL), 2008 CarswellAlta 2300. Pourvoi accueilli.

Glenn Solomon, c.r., et *Rob W. Armstrong*, pour l’appelant.

Sandra M. Anderson et *Anne L. G. Côté*, pour l’intimée.

Argumentation écrite seulement par *David Loukidelis, c.r.*, *Veronica Jackson* et *Deanna Billo*, pour l’intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

Argumentation écrite seulement par *T. Murray Rankin, c.r.*, et *Nitya Iyer*, pour l’intervenant Information and Privacy Commissioner of British Columbia.

Brent B. Olthuis et *Tam C. Boyar*, pour l’intervenante B.C. Freedom of Information and Privacy Association.

The judgment of McLachlin C.J. and LeBel, Fish, Abella, Charron and Rothstein JJ. was delivered by

[1] ROTHSTEIN J. — Through the creation of administrative tribunals, legislatures confer decision-making authority on certain matters to decision makers who are assumed to have specialized expertise with the assigned subject matter. Courts owe deference to administrative decisions within the area of decision-making authority conferred to such tribunals. This appeal provides an opportunity for this Court to address the question of how a court may give adequate deference to a tribunal when a party raises an issue before the court on judicial review, which was never raised before the tribunal and where, as a consequence, the tribunal provided no express reasons with respect to the disposition of that issue.

[2] The context in which this issue arises is the judicial review of a decision of an adjudicator delegated by the appellant, the Information and Privacy Commissioner (“Commissioner”), finding that the respondent, the Alberta Teachers’ Association (“ATA”), had disclosed certain private information in contravention of the *Personal Information Protection Act*, S.A. 2003, c. P-6.5 (“*PIPA*”). In response to a number of complaints about an ATA publication of private information, the Commissioner started an investigation. At the time, the Commissioner’s enabling statute provided that an inquiry “must” be completed within 90 days of the complaint being received by the Commissioner, unless the Commissioner notifies the parties concerned that he is extending the period and provides an anticipated date for completing the inquiry (s. 50(5) *PIPA*). In dealing with the complaints against the ATA, the Commissioner took 22 months from the initial complaint before extending the estimated date on which the inquiry would be concluded. The adjudicator delegated by the Commissioner subsequently issued an order against the ATA before the anticipated date for completion and 29 months after the initial complaint was made.

[3] The issue of compliance with statutory timelines was not raised before the Commissioner or

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges LeBel, Fish, Abella, Charron et Rothstein rendu par

[1] LE JUGE ROTHSTEIN — En créant un tribunal administratif, une législature confère à un décideur le pouvoir de rendre des décisions dans un domaine où il est censé posséder une expertise. Une cour de justice doit déférer aux décisions administratives qui ressortissent à ce pouvoir décisionnel. Le présent pourvoi offre à notre Cour l’occasion d’aborder la question de savoir de quelle manière il convient de déférer à la décision d’un tribunal administratif lorsque, dans le cadre d’un contrôle judiciaire, une cour de justice est saisie d’une question qui n’a pas été soulevée devant ce tribunal et sur laquelle ce dernier n’a donc pas rendu de décision expresse motivée.

[2] En l’espèce, le contrôle judiciaire visait la décision d’une personne déléguée par l’appelant, le commissaire à l’information et à la protection de la vie privée (« commissaire »), concluant que l’intimée, l’Alberta Teachers’ Association (« ATA »), avait communiqué des renseignements privés et enfreint de ce fait la *Personal Information Protection Act*, S.A. 2003, ch. P-6.5 (« *PIPA* »). Le commissaire avait examiné des plaintes relatives à la publication de renseignements privés par l’ATA. Suivant la loi habilitante alors en vigueur, l’enquête du commissaire [TRADUCTION] « prend fin » au plus tard 90 jours après la réception de la plainte, sauf avis du commissaire aux parties de la prorogation du délai et de la date prévue d’achèvement de l’enquête (par. 50(5) de la *PIPA*). Dans le cas des plaintes visant l’ATA, le commissaire n’a prorogé l’enquête et fixé la date de son achèvement que 22 mois après le dépôt de la première plainte. La personne déléguée par le commissaire a subséquemment rendu une ordonnance défavorable à l’ATA avant la date prévue d’achèvement, mais 29 mois après le dépôt de la première plainte.

[3] L’inobservation du délai légal n’a été invoquée ni devant le commissaire ni devant sa déléguée.

the adjudicator. The ATA applied for judicial review of the adjudicator's order, arguing *inter alia* that the Commissioner had lost jurisdiction due to his failure to extend the period for completion of the inquiry within 90 days. The chambers judge granted the ATA's application on this basis, quashing the adjudicator's decision ((2008), 21 Alta. L.R. (5th) 24). This decision was upheld by a majority of the Court of Appeal (2010 ABCA 26, 21 Alta. L.R. (5th) 30).

[4] The Commissioner now appeals to this Court. There are three questions at issue: First, should the timelines issue have been considered on judicial review since it was not raised before the Commissioner or the adjudicator? Second, if the timelines issue should be considered, what is the applicable standard of review? Third, on the applicable standard of review, does the adjudicator's continuation and conclusion of the inquiry, despite the Commissioner having provided an extension after 90 days, survive judicial review?

[5] For the reasons that follow, I would find that the timelines issue was subject to judicial review. Although the issue was not raised before the Commissioner or the adjudicator, it was implicitly decided by both the Commissioner and the adjudicator, and there was no evidentiary inadequacy or prejudice to the parties in this case. The implied decision of the Commissioner to extend the time after 90 days as implicitly adopted by the delegated adjudicator was reviewable on a reasonableness standard and I conclude that the adjudicator's decision was reasonable. Accordingly, the Commissioner's appeal should be allowed and the adjudicator's order against the ATA reinstated.

I. Facts

[6] Between October 13 and December 2, 2005, ten individuals complained to the Office of the Information and Privacy Commissioner that the ATA disclosed their personal information, in contravention of *PIPA*. They alleged that the ATA did so by publishing their names together with a statement that they were no longer required to adhere to

L'ATA a demandé le contrôle judiciaire de l'ordonnance de la déléguée au motif, notamment, qu'en ne prorogeant pas l'enquête au plus tard 90 jours après son début, le commissaire avait perdu compétence. Le juge en cabinet a fait droit à la demande et annulé la décision de la déléguée ((2008), 21 Alta. L.R. (5th) 24). La Cour d'appel a confirmé à la majorité la décision du juge (2010 ABCA 26, 21 Alta. L.R. (5th) 30).

[4] Le commissaire se pourvoit aujourd'hui devant notre Cour, et trois questions sont en litige. Premièrement, convenait-il de se pencher sur la question du délai lors du contrôle judiciaire alors qu'elle n'avait pas été soulevée devant le commissaire ou sa déléguée? Deuxièmement, dans l'affirmative, quelle était la norme de contrôle applicable? Troisièmement, au regard de cette norme, la poursuite de l'enquête par la déléguée jusqu'à sa conclusion, après que le commissaire eut prorogé le délai de 90 jours après son expiration, peut-elle survivre au contrôle judiciaire?

[5] Pour les raisons qui suivent, je suis d'avis que le contrôle judiciaire pouvait porter sur l'observation du délai. En effet, le commissaire et sa déléguée se sont tacitement prononcés sur ce point même s'il n'a pas été soulevé devant eux, et il n'y a eu ni irrégularité sur le plan de la preuve, ni préjudice causé aux parties. La norme de contrôle de la raisonabilité s'applique à la décision du commissaire tacitement entérinée par sa déléguée de proroger le délai après l'expiration des 90 jours impartis, et j'estime que la décision du commissaire était raisonnable. Par conséquent, le pourvoi du commissaire est accueilli, et l'ordonnance de sa déléguée visant l'ATA est rétablie.

I. Les faits

[6] Entre le 13 octobre et le 2 décembre 2005, dix personnes ont saisi le Commissariat de plaintes alléguant que l'ATA avait communiqué des renseignements personnels les concernant, en contravention de la *PIPA*. Elles prétendaient en effet que l'ATA les avait identifiées dans sa publication intitulée *ATA News* en précisant qu'elles n'étaient plus

the ATA's Code of Professional Conduct in a publication called the "ATA News". The Commissioner's office informed the ATA on October 27, 2005, that it was conducting an investigation. On July 25, 2006, the investigation was concluded and a report was given to the complainants. Although the record is not clear, from their subsequent action, it would appear that the report was not satisfactory to the complainants.

[7] In September 2006, the complainants requested that an inquiry under *PIPA* be conducted. On February 7, 2007, the complainants were notified that their request was being processed. On May 17, 2007, the Commissioner issued a Notice of Inquiry setting out a deadline of June 11, 2007, for written submissions (subsequently extended to July 25, 2007), and of August 8, 2007, for rebuttals. Although the timing is not disclosed in the record, the Commissioner did delegate an adjudicator to conduct the inquiry and issue a decision.

[8] On *August 1, 2007*, the Commissioner wrote to the parties informing them that he was *extending the 90-day period* set out in s. 50(5) *PIPA* and provided an anticipated date for completion of February 1, 2009. On March 13, 2008, an order was issued by the Commissioner's delegated adjudicator. The adjudicator found that the ATA had disclosed the complainants' personal information contrary to ss. 7 and 19 *PIPA*. The issue of compliance with the timelines set out in s. 50(5) *PIPA* was not raised before the adjudicator and the adjudicator's reasons did not expressly address this issue.

[9] On April 25, 2008, the ATA filed an originating notice for judicial review of the adjudicator's order. On judicial review, the adjudicator's decision was quashed on the basis that the Commissioner lost jurisdiction for failing to comply with the timelines set out in s. 50(5) *PIPA*. By majority, the Court of Appeal upheld that decision.

II. Relevant Statutory Provisions

[10] The relevant statutory provisions, as they were worded at the relevant time, are:

assujetties au code de déontologie de l'association. Le 27 octobre 2005, le Commissariat a informé l'ATA qu'il examinait l'affaire. L'examen a pris fin le 25 juillet 2006, et un rapport a été remis aux plaignants. Bien que le dossier ne soit pas clair sur ce point, il appert de la conduite subséquente des plaignants qu'ils n'ont pas été satisfaits des conclusions.

[7] En septembre 2006, les plaignants ont demandé la tenue d'une enquête sous le régime de la *PIPA*. Le 7 février 2007, ils ont été informés que leur demande suivait son cours. Le 17 mai, au moyen d'un avis d'enquête, le commissaire a fixé au 11 juin la date limite pour le dépôt d'observations écrites (la reportant ensuite au 25 juillet), et au 8 août 2007 la date limite pour le dépôt des réfutations. Le commissaire a délégué son pouvoir de mener l'enquête et de rendre une décision, bien que le dossier ne précise pas à quelle date.

[8] Le *1^{er} août 2007*, le commissaire a informé les parties par écrit qu'il *prorogeait le délai de 90 jours* prévu au par. 50(5) de la *PIPA* et fixait au 1^{er} février 2009 la date prévue d'achèvement. Le 13 mars 2008, la déléguée du commissaire a statué que l'ATA avait communiqué des renseignements personnels concernant les plaignants et ainsi enfreint les art. 7 et 19 de la *PIPA*. La question de l'observation du délai prévu au par. 50(5) de la *PIPA* n'a pas été soulevée devant elle, et elle ne l'aborde pas expressément dans ses motifs.

[9] Le 25 avril 2008, par voie d'avis introductif d'instance, l'ATA a demandé le contrôle judiciaire de la décision de la déléguée. À l'issue du contrôle, la Cour du Banc de la Reine a annulé la décision au motif que l'inobservation du délai prescrit au par. 50(5) de la *PIPA* avait fait perdre compétence au commissaire. Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont confirmé sa décision.

II. Dispositions législatives pertinentes

[10] Voici les dispositions législatives qui s'appliquaient au moment considéré en l'espèce :

Personal Information Protection Act, S.A. 2003, c. P-6.5

3 The purpose of this Act is to govern the collection, use and disclosure of personal information by organizations in a manner that recognizes both the right of an individual to have his or her personal information protected and the need of organizations to collect, use or disclose personal information for purposes that are reasonable.

43(1) The Commissioner may delegate to any person any duty, power or function of the Commissioner under this Act except the power to delegate.

(2) A delegation under subsection (1) must be in writing and may contain any conditions or restrictions the Commissioner considers appropriate.

47(1) To ask for a review or to initiate a complaint under this Part, an individual must, as soon as reasonable, deliver a written request to the Commissioner.

(2) A written request to the Commissioner for a review of a decision of an organization must be delivered within

(a) 30 days from the day that the individual asking for the review is notified of the decision, or

(b) a longer period allowed by the Commissioner.

(3) A written request to the Commissioner initiating a complaint must be delivered within a reasonable time.

(4) The time limit in subsection (2)(a) does not apply to delivering a written request for a review concerning an organization's failure to respond within a required time period.

50 . . .

(5) An inquiry into a matter that is the subject of a written request referred to in section 47 must be completed within 90 days from the day that the written request was received by the Commissioner unless the Commissioner

(a) notifies the person who made the written request, the organization concerned and any other person given a copy of the written request that the Commissioner is extending that period, and

(b) provides an anticipated date for the completion of the review.

Personal Information Protection Act, S.A. 2003, ch. P-6.5

[TRANSLATION]

3 La présente loi a pour objet de régir la collecte, l'utilisation et la communication de renseignements personnels par un organisme d'une manière qui respecte à la fois le droit de chacun à la protection des renseignements personnels qui le concernent et le besoin de l'organisme de recueillir, d'utiliser ou de communiquer des renseignements personnels à des fins valables.

43(1) Le commissaire peut déléguer à une personne les attributions que lui confère la présente loi, sauf le pouvoir de déléguer.

(2) La délégation visée au paragraphe (1) est faite par écrit et peut être assortie des conditions ou restrictions que le commissaire estime indiquées.

47(1) La demande de réexamen ou la plainte formulée par un particulier en application de la présente partie est présentée par écrit au commissaire dès que possible.

(2) La demande de réexamen de la décision d'un organisme est présentée

a) soit dans les 30 jours qui suivent l'avis de la décision au particulier,

b) soit dans le délai prorogé par le commissaire.

(3) La plainte est présentée par écrit au commissaire dans un délai raisonnable.

(4) Le délai prévu à l'alinéa (2)a) ne s'applique pas à la demande écrite de réexamen visant l'omission d'un organisme de répondre dans le délai imparti.

50 . . .

(5) L'enquête qui fait suite à une demande écrite visée à l'article 47 prend fin dans les 90 jours qui suivent la réception de celle-ci, sauf :

a) lorsque le commissaire informe l'auteur de la demande, l'organisme visé et toute autre personne ayant reçu copie de la demande qu'il proroge ce délai,

b) et qu'il précise la date prévue d'achèvement de l'enquête.

III. Judicial History

A. *Court of Queen's Bench of Alberta*, (2008), 21 *Alta. L.R.* (5th) 24

[11] In reasons delivered orally, Marshall J. noted that a preliminary question raised by the ATA was whether the Commissioner had lost jurisdiction over the inquiry as a result of his failure to complete the inquiry within the timelines set out in s. 50(5) *PIPA*. Relying on *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, for the principle that “the standard of correctness still applies to matters of jurisdiction and some other matters of law” (at para. 10), he held that this question was reviewable on a standard of correctness.

[12] According to Marshall J., the reasons of Belzil J. in *Kellogg Brown and Root Canada v. Information and Privacy Commissioner (Alta.)*, 2007 ABQB 499, 434 A.R. 311, were compelling and entirely applicable in this case. Following that decision, he held that the timelines for completing a review set out in s. 50(5) are mandatory, employing the word “must” (at para. 7) and not directory. He also held that it was not necessary for him “to determine whether an extension of time must be given within the 90-day period. The time period is substantially breached in any event” (para. 12).

[13] Marshall J. then addressed the issue of unfairness raised by the Commissioner. He noted that various authorities had held that the court should not consider an issue which was not raised before a tribunal. He rejected as speculation the Commissioner’s submission that, since the individual complainants were not before the court, the court would not have the benefit of additional facts available from them. He further held that “[t]he legislature has clearly stated that timely disposition of complaints is essential in a proceeding under the Act” (at para. 11) and that the “matter was not conducted in a manner required by the legislature, so it can be said that the proceedings must be found to be invalid” (para. 11).

III. Historique judiciaire

A. *Cour du Banc de la Reine de l'Alberta*, (2008), 21 *Alta. L.R.* (5th) 24

[11] Dans ses motifs prononcés à l’audience, le juge Marshall fait état de la question préliminaire soulevée par l’ATA — à savoir si le commissaire a perdu compétence parce qu’il n’a pas mené l’enquête à terme dans le délai prescrit au par. 50(5) de la *PIPA*. Sur le fondement du principe voulant que [TRADUCTION] « la norme de la décision correcte continue de s’appliquer aux questions de compétence et à quelques autres questions de droit » (par. 10), établi dans l’arrêt *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, il conclut que la norme de contrôle applicable est celle de la décision correcte.

[12] Estimant que les motifs du juge Belzil dans *Kellogg Brown and Root Canada c. Information and Privacy Commissioner (Alta.)*, 2007 ABQB 499, 434 A.R. 311, emportent l’adhésion et sont entièrement applicables à l’espèce, le juge Marshall statue qu’en raison de l’emploi du temps présent ([TRADUCTION] « prend fin »), la durée de l’enquête prévue au par. 50(5) est de nature impérative et non directive (par. 7). Il lui paraît également inutile [TRADUCTION] « de déterminer si la prorogation doit intervenir à l’intérieur du délai de 90 jours, car de toute manière, il y a eu inobservation grave du délai » (par. 12).

[13] Le juge Marshall se penche ensuite sur l’iniqité invoquée par le commissaire. Il relève que suivant divers arrêts de jurisprudence, une cour de justice ne doit pas examiner une question qui n’a pas été soumise au tribunal administratif. Il tient pour hypothétique et rejette la prétention du commissaire voulant que l’absence des plaignants devant elle empêche la cour de prendre connaissance de faits supplémentaires qu’ils auraient pu faire valoir. À son avis, [TRADUCTION] « [l]e législateur dit clairement que la célérité du règlement des plaintes est essentielle au déroulement d’une procédure prévue par la Loi » (par. 11) et, en l’espèce, « l’instance ne s’est pas déroulée conformément aux exigences légales, de sorte qu’on peut conclure à son irrégularité » (par. 11).

[14] Marshall J. granted the ATA's application and quashed the Commissioner's decision. However, he declined to order costs against the Commission, partly because a tribunal is rarely required to pay costs and partly because the timelines issue could have been raised before the Commissioner (para. 18).

B. *Alberta Court of Appeal, 2010 ABCA 26, 21 Alta. L.R. (5th) 30 (Watson J.A. (Slatter J.A. Concurring) and Berger J.A. Dissenting)*

(1) The Majority — Watson J.A.

[15] Watson J.A. was of the view that since the adjudicator never got a chance to say anything on the question being considered on judicial review, it was not necessary to determine the appropriate standard of review. Rather, he appears to have determined the issue of timeliness *de novo*.

[16] Watson J.A. affirmed that the timelines issue ought to have been raised before the Commissioner. Objections to a tribunal's ability to make a lawful decision should be made first to the challenged tribunal. The failure to raise the issue before the adjudicator was a defect in process that should not be encouraged and should not generally occur. He nonetheless did not reverse the judicial review decision on this ground and was of the opinion that the Court of Appeal was in a position to consider the matter.

[17] Watson J.A. found that the language of the section spoke to "extending that period" in a manner that connoted doing the "extending" while the 90 days was still running. Since the Commissioner had not extended the period within 90 days, the adjudicator's decision was not rendered within the statutory timelines. He held that the time rules specified in s. 50(5) *PIPA* were mandatory and that the consequence of breaching them was the presumptive termination of the inquiry process. Contrary to the decision of the chambers judge that the consequence of non-compliance with s. 50(5) was the automatic and incurable termination of

[14] Le juge Marshall fait droit à la demande de l'ATA et annule la décision du commissaire. Il refuse cependant de condamner le Commissariat aux dépens parce que, d'une part, il est rare qu'un tribunal administratif doive payer les dépens et, d'autre part, l'inobservation du délai aurait pu être invoquée devant le commissaire (par. 18).

B. *Cour d'appel de l'Alberta, 2010 ABCA 26, 21 Alta. L.R. (5th) 30 (le juge Watson avec l'accord du juge Slatter, le juge Berger étant dissident)*

(1) La majorité — le juge Watson

[15] Le juge Watson estime que dans la mesure où la déléguée du commissaire n'a jamais eu la possibilité de se prononcer sur la question soulevée dans le cadre du contrôle judiciaire, il n'est pas nécessaire d'arrêter la bonne norme de contrôle. Il semble plutôt statuer *de novo* sur le respect du délai.

[16] Il confirme que l'inobservation du délai aurait dû être soulevée devant le commissaire, opinant que la contestation du pouvoir d'un tribunal administratif de rendre une décision valide doit d'abord être formulée devant le tribunal en cause. L'omission de saisir ainsi la déléguée constitue selon lui un vice de procédure qu'il ne faut pas encourager et qui ne doit généralement pas se produire. Cependant, il n'infirme pas la décision du juge en cabinet pour ce motif et estime que la Cour d'appel dispose des éléments nécessaires pour se prononcer sur le sujet.

[17] Selon le juge Watson, il appert de la manière dont les mots [TRADUCTION] « proroge ce délai » sont employés dans la disposition que la prorogation doit avoir lieu avant l'expiration des 90 jours. Comme la prorogation n'est pas intervenue dans les 90 jours, la déléguée n'a pas rendu sa décision dans le délai prévu par la Loi. Le juge Watson statue que le respect du délai imparti au par. 50(5) de la *PIPA* est impératif et qu'en cas d'inobservation, l'enquête est présumée avoir pris fin. Contrairement au juge en cabinet pour qui l'inobservation du par. 50(5) met automatiquement et irrémédiablement fin à l'enquête, il estime que les motifs du commissaire

the proceedings, the reasons of the Commissioner might justify the breach and overcome the presumption of termination. However, the chambers judge had concluded that “[t]he time period is substantially breached in any event” (para. 12). Under those circumstances, the presumption of termination was not overcome. Watson J.A. therefore upheld the trial judge’s decision to quash the adjudicator’s decision.

(2) The Dissent — Berger J.A.

[18] In dissent, Berger J.A. concluded that *PIPA* authorized the Commissioner to extend the 90-day period either before or after the expiry of that period. When a provision is silent as to when an extension of time can be granted, there is no presumption that the extension must be granted before expiry. An interpretation of s. 50(5) that allows the Commissioner to extend the 90-day period after it expires is consistent with legislative intent because it maintains the protection of the individuals’ rights to privacy which *PIPA* strives to ensure. In the present case, by the time the 90-day period had expired, the inquiry process was engaged and had progressed with the parties’ participation. Because they were involved, the parties were aware that the process would continue beyond 90 days. The goals of timely resolution and keeping parties informed would not have been enhanced by requiring the Commissioner to formally communicate with the parties within 90 days.

[19] Berger J.A. found that quashing the adjudicator’s order without the benefit of reasons compromised judicial review. The court generally will not decide on judicial review a question which was not put to the administrative tribunal. Without the benefit of the Commissioner’s expertise and analysis relative to the questions of mixed law and fact in this case, the curial deference normally accorded to the Commissioner was rendered nugatory, thereby fettering a thorough and meaningful judicial review.

[20] Berger J.A. would have allowed the appeal and restored the adjudicator’s order.

peuvent justifier l’inobservation et réfuter la présomption. Or, le juge en cabinet a conclu que, [TRADUCTION] « [d]e toute manière, il y a eu inobservation grave du délai » (par. 12), de sorte que la présomption d’achèvement n’était pas réfutée. Il confirme donc l’annulation de la décision de la déléguée du commissaire.

(2) La dissidence du juge Berger

[18] Le juge Berger estime pour sa part que la *PIPA* autorise le commissaire à proroger le délai avant ou après l’expiration des 90 jours impartis et que lorsque le texte de loi ne précise pas la période pendant laquelle un délai peut être prorogé, nulle présomption ne veut que la prorogation doive intervenir avant l’expiration du délai. L’interprétation du par. 50(5) voulant que le commissaire puisse proroger le délai de 90 jours après son expiration est compatible avec l’intention du législateur en ce qu’elle est de nature à protéger le droit à la vie privée comme le veut la *PIPA*. En l’espèce, l’enquête a débuté avant l’expiration du délai et elle a progressé avec le concours des parties. Du fait de leur participation, les parties savaient que l’enquête se poursuivrait au-delà des 90 jours. La réalisation des objectifs que sont la célérité du règlement et l’information des parties n’aurait pas été favorisée par le fait d’exiger du commissaire qu’il communique officiellement avec les parties avant l’expiration du délai.

[19] Selon le juge Berger, annuler l’ordonnance sans connaître les motifs de la déléguée a compromis le contrôle judiciaire. En règle générale, une cour de justice ne se prononce pas sur une question qui n’a pas été soumise au tribunal administratif. À défaut de l’expertise et de l’analyse du commissaire sur les questions mixtes de fait et de droit en cause, la déférence que commandent normalement ses décisions est neutralisée, ce qui empêche un contrôle judiciaire véritable et approfondi.

[20] Le juge Berger aurait accueilli l’appel et rétabli l’ordonnance de la déléguée.

IV. Analysis

[21] This appeal raises three issues, which I shall consider in turn. First, should the timelines issue have been considered on judicial review since it was not raised before the Commissioner or the adjudicator? Second, if the timelines issue should be considered, what is the applicable standard of review? Third, on the applicable standard of review, does the continuation and conclusion of the inquiry, despite providing an extension after 90 days, survive judicial review?

A. *Judicial Review of an Issue That Was Not Raised Before the Tribunal*

[22] The ATA sought judicial review of the adjudicator's decision. Without raising the point before the Commissioner or the adjudicator or even in the originating notice for judicial review, the ATA raised the timelines issue for the first time in argument. The ATA was indeed entitled to seek judicial review. However, it did not have a right to require the court to consider this issue. Just as a court has discretion to refuse to undertake judicial review where, for example, there is an adequate alternative remedy, it also has a discretion not to consider an issue raised for the first time on judicial review where it would be inappropriate to do so: see, e.g., *Canadian Pacific Ltd. v. Matsqui Indian Band*, [1995] 1 S.C.R. 3, *per* Lamer C.J., at para. 30: "[T]he relief which a court may grant by way of judicial review is, in essence, discretionary. This [long-standing general] principle flows from the fact that the prerogative writs are extraordinary [and discretionary] remedies."

[23] Generally, this discretion will not be exercised in favour of an applicant on judicial review where the issue could have been but was not raised before the tribunal (*Toussaint v. Canada Labour Relations Board* (1993), 160 N.R. 396 (F.C.A.), at para. 5, citing *Poirier v. Canada (Minister of*

IV. Analyse

[21] Le pourvoi soulève trois questions que j'examine tour à tour. Premièrement, convenait-il de se pencher sur la question du délai lors du contrôle judiciaire alors qu'elle n'avait pas été soulevée devant le commissaire ou sa déléguée? Deuxièmement, dans l'affirmative, quelle était la norme de contrôle applicable? Troisièmement, au regard de cette norme, la poursuite de l'enquête par la déléguée jusqu'à sa conclusion, après que le commissaire eut prorogé le délai après les 90 jours impartis, peut-elle survivre au contrôle judiciaire?

A. *Contrôle judiciaire relatif à un point non soulevé devant le tribunal administratif*

[22] L'ATA a demandé le contrôle judiciaire de la décision de la déléguée. Elle n'avait invoqué l'inobservation du délai ni devant le commissaire ni devant sa déléguée. Elle ne l'a même pas fait dans l'avis introductif d'instance en contrôle judiciaire, invoquant la question pour la première fois en plaidoirie. L'ATA pouvait certainement demander le contrôle judiciaire, mais elle ne pouvait contraindre la cour à examiner la question. Tout comme elle jouit du pouvoir discrétionnaire de refuser d'entreprendre un contrôle judiciaire lorsque, par exemple, il existe un autre recours approprié, une cour de justice peut également, à son gré, ne pas se saisir d'une question soulevée pour la première fois dans le cadre du contrôle judiciaire lorsqu'il lui paraît inopportun de le faire. Voir, p. ex., *Canadien Pacifique Ltée c. Bande indienne de Matsqui*, [1995] 1 R.C.S. 3, le juge en chef Lamer, par. 30 : « [L]a réparation qu'une cour de justice peut accorder dans le cadre du contrôle judiciaire est essentiellement discrétionnaire. Ce principe [général de longue date] découle du fait que les brefs de prérogative sont des recours extraordinaires [et discrétionnaires]. »

[23] En règle générale, dans une instance en contrôle judiciaire, ce pouvoir discrétionnaire n'est pas exercé au bénéfice du demandeur lorsque la question en litige aurait pu être soulevée devant le tribunal administratif mais qu'elle ne l'a pas été (*Toussaint c. Conseil canadien des relations*

Veterans Affairs), [1989] 3 F.C. 233 (C.A.), at p. 247; *Shubenacadie Indian Band v. Canada (Human Rights Commission)*, [1998] 2 F.C. 198 (T.D.), at paras. 40-43; *Legal Oil & Gas Ltd. v. Surface Rights Board*, 2001 ABCA 160, 303 A.R. 8, at para. 12; *United Nurses of Alberta, Local 160 v. Chinook Regional Health Authority*, 2002 ABCA 246, 317 A.R. 385, at para. 4).

[24] There are a number of rationales justifying the general rule. One fundamental concern is that the legislature has entrusted the determination of the issue to the administrative tribunal (*Legal Oil & Gas Ltd.*, at paras. 12-13). As this Court explained in *Dunsmuir*, “[c]ourts . . . must be sensitive . . . to the necessity of avoiding undue interference with the discharge of administrative functions in respect of the matters delegated to administrative bodies by Parliament and legislatures” (para. 27). Accordingly, courts should respect the legislative choice of the tribunal as the first instance decision maker by giving the tribunal the opportunity to deal with the issue first and to make its views known.

[25] This is particularly true where the issue raised for the first time on judicial review relates to the tribunal’s specialized functions or expertise. When it does, the Court should be especially careful not to overlook the loss of the benefit of the tribunal’s views inherent in allowing the issue to be raised. (See *Council of Canadians with Disabilities v. VIA Rail Canada Inc.*, 2007 SCC 15, [2007] 1 S.C.R. 650, at para. 89, *per* Abella J.)

[26] Moreover, raising an issue for the first time on judicial review may unfairly prejudice the opposing party and may deny the court the adequate evidentiary record required to consider the issue (*Waters v. British Columbia (Director of Employment Standards)*, 2004 BCSC 1570, 40 C.L.R. (3d) 84, at paras. 31 and 37, citing *Alberta v. Nilsson*, 2002 ABCA 283, 320 A.R. 88, at para. 172, and J. Sopinka and M. A. Gelowitz, *The Conduct of an Appeal* (2nd ed. 2000), at pp. 63-68;

du travail (1993), 160 N.R. 396 (C.A.F.), par. 5, citant *Poirier c. Canada (Ministre des Affaires des anciens combattants)*, [1989] 3 C.F. 233 (C.A.), p. 247; *Bande indienne de Shubenacadie c. Canada (Commission des droits de la personne)*, [1998] 2 C.F. 198 (1^{re} inst.), par. 40-43; *Legal Oil & Gas Ltd. c. Surface Rights Board*, 2001 ABCA 160, 303 A.R. 8, par. 12; *United Nurses of Alberta, Local 160 c. Chinook Regional Health Authority*, 2002 ABCA 246, 317 A.R. 385, par. 4).

[24] Un certain nombre de considérations justifient cette règle générale, l’une des principales étant que le législateur a confié au tribunal administratif la tâche de trancher la question (*Legal Oil & Gas Ltd.*, par. 12-13). Comme l’explique notre Cour dans *Dunsmuir*, « les cours de justice doivent tenir compte de la nécessité [. . .] d’éviter toute immixtion injustifiée dans l’exercice de fonctions administratives en certaines matières déterminées par le législateur » (par. 27). La cour de justice doit donc respecter le choix du législateur de désigner le tribunal administratif comme décideur de première instance et laisser à ce tribunal administratif la possibilité de se pencher le premier sur la question et de faire connaître son avis.

[25] Le principe vaut particulièrement lorsque la question soulevée pour la première fois lors du contrôle judiciaire a trait au domaine d’expertise du tribunal administratif et à ses attributions spécialisées. La Cour doit alors être bien consciente que si elle accepte de se pencher sur la question, elle le fera sans pouvoir connaître l’opinion du tribunal administratif. (Voir *Conseil des Canadiens avec déficiences c. VIA Rail Canada Inc.*, 2007 CSC 15, [2007] 1 R.C.S. 650, par. 89, la juge Abella.)

[26] Qui plus est, soumettre une question pour la première fois lors du contrôle judiciaire peut porter indûment préjudice à la partie adverse et priver la cour de justice des éléments de preuve nécessaires pour trancher (*Waters c. British Columbia (Director of Employment Standards)*, 2004 BCSC 1570, 40 C.L.R. (3d) 84, par. 31 et 37, citant *Alberta c. Nilsson*, 2002 ABCA 283, 320 A.R. 88, par. 172, et J. Sopinka et M. A. Gelowitz, *The Conduct of an Appeal* (2^e éd. 2000), p. 63-68; A.C. *Concrete*

A.C. Concrete Forming Ltd. v. Residential Low Rise Forming Contractors Assn. of Metropolitan Toronto and Vicinity, 2009 ONCA 292, 306 D.L.R. (4th) 251, at para. 10 (*per Gillese J.A.*)).

[27] Watson J.A., for the majority of the Court of Appeal, acknowledged that “[t]he judicial review was adversely affected by the fact that the adjudicator did not hear and consider the objection”, under s. 50(5) *PIPA*, to the Commissioner’s authority to proceed. It was a “defect in the process” that should “not . . . be encouraged and should not generally occur” (para. 18). He nevertheless did not interfere with the chambers judge’s judicial review on this ground. He observed that no additional evidence or submissions were available beyond the statements of law and policy contained in the Commissioner’s prior decisions. Moreover, the Commissioner conceded that the adjudicator would have said the same as the Commissioner, had the issue been raised (para. 18). For its part, the ATA stressed in its factum before this Court that the Commissioner has consistently decided the timelines issue in other decisions and that there was nothing further for the Commissioner to decide (paras. 6, 42, 49 and 51).

[28] In these circumstances, I do not think the Court of Appeal erred in refusing to disturb the exercise of the reviewing judge’s discretion to consider the timeliness issue. In this case, the rationales for the general rule have limited application. Both parties agreed that the Commissioner has expressed his views in several other decisions. Therefore, the Commissioner has had the opportunity to decide the issue at first instance and we have the benefit of his expertise, albeit without reasons in this case. No evidence was required to consider the timelines issue and no prejudice was alleged. Rather, it involved a straightforward determination of law, the basis of which was able to be addressed on judicial review, irrespective of what is the appropriate standard of review.

[29] In the present appeal, a decision on the timelines issue is necessarily implied. By his

Forming Ltd. c. Residential Low Rise Forming Contractors Assn. of Metropolitan Toronto and Vicinity, 2009 ONCA 292, 306 D.L.R. (4th) 251, par. 10 (la juge Gillese)).

[27] Au nom des juges majoritaires de la Cour d’appel, le juge Watson reconnaît que [TRADUCTION] « [L]e contrôle judiciaire a souffert de ce que la déléguée n’a ni entendu ni examiné la contestation », fondée sur le par. 50(5) de la *PIPA*, du pouvoir du commissaire d’aller de l’avant. Il s’agit selon lui d’un « vice de procédure qu’il ne faut pas encourager et qui ne doit généralement pas se produire » (par. 18). Toutefois, il n’infirmes pas pour autant la décision du juge en cabinet. Il relève qu’exception faite des énoncés de droit et de principe contenus dans les décisions antérieures du commissaire, il n’y avait ni preuve ni argumentation supplémentaires. Le commissaire avait d’ailleurs reconnu que sa déléguée aurait tenu les mêmes propos que lui si elle avait été saisie de la question (par. 18). Dans son mémoire, l’ATA soutient pour sa part que d’autres décisions du commissaire sur la question du délai sont constantes et que le commissaire n’aurait eu aucun autre point à trancher (par. 6, 42, 49 et 51).

[28] Dans ces circonstances, je ne crois pas que la Cour d’appel a eu tort de refuser de s’immiscer dans l’exercice du pouvoir discrétionnaire du juge saisi de la demande de contrôle judiciaire de se pencher sur la question du délai. Les considérations qui justifient la règle générale ont une application limitée en l’espèce. Les deux parties reconnaissent que le commissaire a exprimé son opinion dans d’autres décisions. Le commissaire avait donc eu l’occasion de se prononcer sur la question en première instance, ce qui donne accès à son expertise malgré l’absence de motifs en l’espèce. Nul élément de preuve n’était requis pour trancher la question du délai, et nul préjudice n’était allégué. La question appelait simplement une décision sur un point de droit à partir d’éléments pouvant être examinés lors d’un contrôle judiciaire, quelle que soit la norme de contrôle applicable.

[29] En l’espèce, la question du délai a nécessairement été tranchée de façon implicite. Dans sa

letter of August 1, 2007, the Commissioner notified the parties that he was extending the 90-day period for completion of an inquiry and provided them with an anticipated date for completion of February 1, 2009. This was done after the expiry of the 90-day period. An inquiry was conducted and the Commissioner's delegated adjudicator ultimately rendered an order against the ATA. The issue raised by the ATA on judicial review, but not before the Commissioner or the adjudicator, was whether the result of the Commissioner not extending the completion date of the inquiry before the 90-day period expired resulted in the automatic termination of the inquiry. This issue could only be decided in one of two ways: either the consequence of an extension after 90 days was that the inquiry was automatically terminated or that it was not. Both the Commissioner and the adjudicator implicitly decided that providing an extension after 90 days did not result in the inquiry being automatically terminated. The Commissioner's decision was implicit in his giving notice of an extension and an anticipated date for completion after 90 days. The adjudicator's decision was implicit in her proceeding with the inquiry and rendering an order. In this appeal, this Court is reviewing the adjudicator's implied decision because hers is the decision under judicial review.

B. *What Is the Applicable Standard of Review and How Is It Applied to Implicit Decisions on Issues Not Raised Before the Administrative Tribunal?*

[30] The narrow question in this case is: Did the inquiry automatically terminate as a result of the Commissioner extending the 90-day period only after the expiry of that period? This question involves the interpretation of s. 50(5) *PIPA*, a provision of the Commissioner's home statute. There is authority that "[d]eference will usually result where a tribunal is interpreting its own statute or statutes closely connected to its function, with which it will have particular familiarity" (*Dunsmuir*, at para. 54; *Smith v. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 SCC 7, [2011] 1 S.C.R. 160, at para. 28, *per* Fish J.). This principle applies unless the interpretation of the home statute falls into one of the categories of questions to

lettre du 1^{er} août 2007, le commissaire a informé les parties qu'il prorogeait le délai de 90 jours et que la date prévue d'achèvement de l'enquête était le 1^{er} février 2009. Le délai de 90 jours impartis avait déjà expiré. La déléguée du commissaire a mené l'enquête à terme, puis rendu une ordonnance défavorable à l'ATA. La question non soulevée devant le commissaire ou sa déléguée, mais que l'ATA a soumise lors du contrôle judiciaire, était celle de savoir si l'omission du commissaire de proroger le délai avant l'expiration des 90 jours impartis avait automatiquement mis fin à l'enquête. Seulement deux conclusions étaient possibles : soit la prorogation après les 90 jours ne mettait pas automatiquement fin à l'enquête, soit elle y mettait fin. Le commissaire et sa déléguée ont implicitement décidé que la prorogation du délai après les 90 jours impartis n'avait pas mis fin automatiquement à l'enquête. Le commissaire, en informant les parties de la prorogation et en leur précisant la date prévue d'achèvement, et la déléguée, en effectuant l'enquête et en rendant une ordonnance, se sont implicitement prononcés sur la question. Puisque la décision implicite de la déléguée est celle visée par le contrôle judiciaire, c'est cette décision que notre Cour examine dans le présent pourvoi.

B. *Détermination de la norme de contrôle et application de celle-ci à une décision implicite sur un point non soulevé devant le tribunal administratif*

[30] Seule la question suivante se pose en l'espèce : la prorogation du délai par le commissaire après les 90 jours impartis a-t-elle automatiquement mis fin à l'enquête? Dès lors, il faut interpréter le par. 50(5) de la *PIPA*, une disposition de la loi constitutive du Commissariat. Suivant la jurisprudence, « [l]orsqu'un tribunal administratif interprète sa propre loi constitutive ou une loi étroitement liée à son mandat et dont il a une connaissance approfondie, la déférence est habituellement de mise » (*Dunsmuir*, par. 54; *Smith c. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 CSC 7, [2011] 1 R.C.S. 160, par. 28, le juge Fish). Le principe ne vaut cependant pas lorsque l'interprétation de la loi constitutive relève

which the correctness standard continues to apply, i.e., “constitutional questions, questions of law that are of central importance to the legal system as a whole and that are outside the adjudicator’s expertise, . . . [q]uestions regarding the jurisdictional lines between two or more competing specialized tribunals’ [and] true questions of jurisdiction or *vires*” (*Canada (Canadian Human Rights Commission) v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 53, [2011] 3 S.C.R. 471, at para. 18, *per* LeBel and Cromwell JJ., citing *Dunsmuir*, at paras. 58, 60-61).

[31] The timelines question is not a constitutional question; nor is it a question regarding the jurisdictional lines between two or more competing specialized tribunals.

[32] And it is not a question of central importance to the legal system as a whole, but is one that is specific to the administrative regime for the protection of personal information. The timelines question engages considerations and gives rise to consequences that fall squarely within the Commissioner’s specialized expertise. The question deals with the Commissioner’s procedures when conducting an inquiry, a matter with which the Commissioner has significant familiarity and which is specific to *PIPA*. Also, in terms of interpreting s. 50(5) *PIPA* consistently with the purposes of the Act, the relevant considerations include the interests of all parties in the timely completion of inquiries, the importance of keeping the parties informed of the progression of the process and the effect of automatic termination of an inquiry on individual privacy interests. These considerations fall within the Commissioner’s expertise, which centres upon balancing the rights of individuals to have their personal information protected against the need of organizations to collect, use or disclose personal information for purposes that are reasonable (s. 3 *PIPA*).

[33] Finally, the timelines question does not fall within the category of a “true question of jurisdiction or *vires*”. I reiterate Dickson J.’s oft-cited

d’une catégorie de questions à laquelle la norme de la décision correcte demeure applicable, à savoir les « questions constitutionnelles, [les] questions de droit qui revêtent une importance capitale pour le système juridique dans son ensemble et qui sont étrangères au domaine d’expertise du décideur, [les] questions portant sur la “délimitation des compétences respectives de tribunaux spécialisés concurrents” [et] les questions touchant véritablement à la compétence » (*Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 53, [2011] 3 R.C.S. 471, par. 18, les juges LeBel et Cromwell, citant *Dunsmuir*, par. 58, 60-61).

[31] La question de l’observation du délai n’est pas de nature constitutionnelle et elle n’a pas trait à la délimitation des compétences respectives de tribunaux spécialisés concurrents.

[32] Elle ne revêt pas non plus une importance capitale pour le système juridique dans son ensemble, mais vise précisément le régime administratif de protection des renseignements personnels. Elle met en jeu des considérations et des conséquences qui relèvent bel et bien de l’expertise du commissaire dans son domaine spécialisé. Elle touche à la procédure d’enquête propre à la *PIPA* et dont le commissaire a une connaissance approfondie. En outre, les considérations qui président à l’interprétation du par. 50(5) conformément aux objets de la *PIPA* comprennent l’intérêt de toutes les parties en cause à ce que l’enquête soit menée à terme avec célérité, l’importance de tenir les parties informées du déroulement du processus et les conséquences de la cessation automatique de l’enquête sur le droit de chacun au respect de sa vie privée. Ces considérations relèvent elles aussi de l’expertise du commissaire, laquelle est axée sur la mise en balance du droit de chacun à la protection de ses renseignements personnels, d’une part, et du besoin de l’organisme de recueillir, d’utiliser ou de communiquer des renseignements à des fins valables, d’autre part (art. 3 de la *PIPA*).

[33] Enfin, la question de l’observation du délai n’appartient pas à la catégorie des « questions touchant véritablement à la compétence ». Rappelons

warning in *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.*, [1979] 2 S.C.R. 227, that courts “should not be alert to brand as jurisdictional, and therefore subject to broader curial review, that which may be doubtfully so” (p. 233, cited in *Dunsmuir*, at para. 35). See also *Syndicat des professeurs du collège de Lévis-Lauzon v. CEGEP de Lévis-Lauzon*, [1985] 1 S.C.R. 596, at p. 606, *per Beetz J.*, adopting the reasons of Owen J.A. in *Union des employés de commerce, local 503 v. Roy*, [1980] C.A. 394. As this Court explained in *Canada (Canadian Human Rights Commission)*, “*Dunsmuir* expressly distanced itself from the extended definition of jurisdiction” (para. 18, citing *Dunsmuir*, at para. 59). Experience has shown that the category of true questions of jurisdiction is narrow indeed. Since *Dunsmuir*, this Court has not identified a single true question of jurisdiction (see *Celgene Corp. v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 1, [2011] 1 S.C.R. 3, at paras. 33-34; *Smith v. Alliance Pipeline Ltd.*, at paras. 27-32; *Nolan v. Kerry (Canada) Inc.*, 2009 SCC 39, [2009] 2 S.C.R. 678, at paras. 31-36). Although this Court held in *Northrop Grumman Overseas Services Corp. v. Canada (Attorney General)*, 2009 SCC 50, [2009] 3 S.C.R. 309, that the question was jurisdictional and therefore subject to review on a correctness standard, this was based on an established pre-*Dunsmuir* jurisprudence applying a correctness standard to this type of decision, not on the Court finding a true question of jurisdiction (para. 10).

[34] The direction that the category of true questions of jurisdiction should be interpreted narrowly takes on particular importance when the tribunal is interpreting its home statute. In one sense, anything a tribunal does that involves the interpretation of its home statute involves the determination of whether it has the authority or jurisdiction to do what is being challenged on judicial review. However, since *Dunsmuir*, this Court has departed from that definition of jurisdiction. Indeed, in view of recent jurisprudence, it may be that the time has

la mise en garde maintes fois citée du juge Dickson dans *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227, à savoir que les cours de justice doivent « éviter de qualifier trop rapidement un point de question de compétence, et ainsi de l’assujettir à un examen judiciaire plus étendu, lorsqu’il existe un doute à cet égard » (p. 233, cité dans l’arrêt *Dunsmuir*, par. 35). Voir également *Syndicat des professeurs du collège de Lévis-Lauzon c. CEGEP de Lévis-Lauzon*, [1985] 1 R.C.S. 596, p. 606, le juge Beetz, reprenant les motifs du juge Owen dans *Union des employés de commerce, local 503 c. Roy*, [1980] C.A. 394. Comme l’explique notre Cour dans *Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, dans *Dunsmuir*, « la Cour se distancie expressément des définitions larges de la compétence » (par. 18, citant *Dunsmuir*, par. 59). L’expérience enseigne que peu de questions appartiennent à la catégorie des véritables questions de compétence. Depuis *Dunsmuir*, la Cour n’en a relevé aucune (voir *Celgene Corp. c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 1, [2011] 1 R.C.S. 3, par. 33-34; *Smith c. Alliance Pipeline Ltd.*, par. 27-32; *Nolan c. Kerry (Canada) Inc.*, 2009 CSC 39, [2009] 2 R.C.S. 678, par. 31-36). Quant à l’arrêt *Northrop Grumman Overseas Services Corp. c. Canada (Procureur général)*, 2009 CSC 50, [2009] 3 R.C.S. 309, la Cour y statue que la question soulevée a trait à la compétence et appelle donc l’application de la norme de la décision correcte, et ce, en suivant une jurisprudence bien établie, antérieure à *Dunsmuir*, qui applique cette norme au type de décision en cause, et non en relevant une question qui touche véritablement à la compétence (par. 10).

[34] La consigne voulant que la catégorie des véritables questions de compétence appelle une interprétation restrictive revêt une importance particulière lorsque le tribunal administratif interprète sa loi constitutive. En un sens, tout acte du tribunal qui requiert l’interprétation de sa loi constitutive soulève la question du pouvoir ou de la compétence du tribunal d’accomplir cet acte. Or, depuis *Dunsmuir*, la Cour s’est écartée de cette définition de la compétence. En effet, au vu de la jurisprudence récente, le temps est peut-être venu de

come to reconsider whether, for purposes of judicial review, the category of true questions of jurisdiction exists and is necessary to identifying the appropriate standard of review. However, in the absence of argument on the point in this case, it is sufficient in these reasons to say that, unless the situation is exceptional, and we have not seen such a situation since *Dunsmuir*, the interpretation by the tribunal of “its own statute or statutes closely connected to its function, with which it will have particular familiarity” should be presumed to be a question of statutory interpretation subject to deference on judicial review.

[35] Justice Cromwell takes issue with my querying whether the category of true question of jurisdiction exists and is necessary. He says that this proposition “undermine[s] the foundation of judicial review of administrative action” (para. 92).

[36] Judges and administrative law counsel well know of the uncertainty and confusion that has plagued standard of review analysis for many years. That was the animating reason for this Court’s decision in *Dunsmuir*. At para. 32 of *Dunsmuir*, Bastarache and LeBel JJ. wrote:

Despite efforts to refine and clarify it, the present system has proven to be difficult to implement. The time has arrived to re-examine the Canadian approach to judicial review of administrative decisions and develop a principled framework that is more coherent and workable.

At para. 158, Deschamps J. wrote:

The law of judicial review of administrative action not only requires repairs, it needs to be cleared of superfluous discussions and processes.

At para. 145, Binnie J. wrote:

The present incarnation of the “standard of review” analysis requires a threshold debate about the four factors (non-exhaustive) which critics say too often leads to unnecessary delay, uncertainty and costs as arguments rage before the court about balancing expertise

se demander si, aux fins du contrôle judiciaire, la catégorie des véritables questions de compétence existe et si elle est nécessaire pour arrêter la norme de contrôle applicable. Cependant, faute de plaidoirie sur ce point en l’espèce, je me contente d’affirmer que, sauf situation exceptionnelle — et aucune ne s’est présentée depuis *Dunsmuir* —, il convient de présumer que l’interprétation par un tribunal administratif de « sa propre loi constitutive ou [d’]une loi étroitement liée à son mandat et dont il a une connaissance approfondie » est une question d’interprétation législative commandant la déférence en cas de contrôle judiciaire.

[35] Le juge Cromwell exprime son désaccord avec mon interrogation concernant l’existence et la nécessité de la catégorie des véritables questions de compétence. À son avis, mes propos « minent l’assise du contrôle judiciaire des actes de l’Administration » (par. 92).

[36] Juges et avocats spécialisés en droit administratif sont bien au fait de l’incertitude et de la confusion qui, pendant de nombreuses années, ont pesé sur l’analyse relative à la norme de contrôle et qui sont à l’origine de l’arrêt *Dunsmuir*. Les juges Bastarache et LeBel écrivent ce qui suit au par. 32 de cet arrêt :

Malgré les efforts pour l’améliorer et le clarifier, le mécanisme actuel s’est révélé difficile à appliquer. Le temps est venu de revoir le contrôle judiciaire des décisions administratives au Canada et d’établir un cadre d’analyse rationnel qui soit plus cohérent et fonctionnel.

La juge Deschamps opine pour sa part au par. 158 :

Les règles régissant le contrôle judiciaire de l’action gouvernementale ont besoin de plus qu’une simple réforme. Le droit, en ce domaine, doit être débarrassé des grilles d’analyse et des débats inutiles.

Puis, au par. 145, le juge Binnie ajoute :

La démarche actuelle commande l’examen préalable de quatre facteurs (non exhaustifs) qui, selon les détracteurs du mécanisme, prolongent indûment l’instance, accroissent l’incertitude et majorent les coûts, des arguments étant alors présentés à la cour quant à l’adéquation

against the “real” nature of the question before the administrator, or whether the existence of a privative clause trumps the larger statutory purpose, and so on. And this is all mere preparation for the argument about the actual substance of the case. While a measure of uncertainty is inherent in the subject matter and unavoidable in litigation (otherwise there wouldn’t be any), we should at least (i) establish some presumptive rules and (ii) get the parties away from arguing about the tests and back to arguing about the substantive merits of their case. [Emphasis deleted.]

Although these passages in *Dunsmuir* pertain to the approach to standard of review prior to *Dunsmuir*, I believe they are relevant in response to Justice Cromwell’s expressed opinion.

[37] The continuing uncertainty about standard of review when the issue is the tribunal’s interpretation of its home statute is well exemplified in the cases that have come before this Court subsequent to *Dunsmuir*. In *Nolan v. Superintendent of Financial Services* (2006), 209 O.A.C. 21, the Ontario Divisional Court thought the appropriate standard of review was correctness. The Court of Appeal applied a reasonableness standard (*sub nom. Kerry (Canada) Inc. v. DCA Employees Pension Committee*, 2007 ONCA 416, 86 O.R. (3d) 1), as did this Court (*sub nom. Nolan v. Kerry (Canada) Inc.*, 2009 SCC 39, [2009] 2 S.C.R. 678). In *Alliance Pipeline Ltd. v. Smith*, 2008 FC 12, 34 C.E.L.R. (3d) 138, the judicial review judge applied a reasonableness standard, but the Court of Appeal (2009 FCA 110, 389 N.R. 363) found it unnecessary to decide whether reasonableness or correctness was the appropriate standard of review. This Court applied a reasonableness standard (2011 SCC 7, [2011] 1 S.C.R. 160). In *Celgene Corp. v. Canada (Attorney General)*, 2009 FC 271, 344 F.T.R. 45, the judicial review judge applied a correctness standard. The Federal Court of Appeal (2009 FCA 378, 315 D.L.R. (4th) 270) and this Court (2011 SCC 1, [2011] 1 S.C.R. 3) doubted that this was the proper standard. Without engaging in a standard of review analysis and for reasons of practicality, in *Northrop Grumman*, this Court applied a standard of correctness based on precedent. In the present appeal, both the judicial

de l’expertise du décideur administratif avec la nature « véritable » de la question à trancher ou quant à la présence de la clause privative sur l’objet général de la loi, etc. Et tout cela n’est que le prélude à la plaidoirie sur la véritable question de fond. Le doute va jusqu’à un certain point de soi en la matière, comme dans tout litige (sinon il n’y en aurait pas), mais nous devrions à tout le moins (i) établir quelques présomptions et (ii) faire en sorte que les parties cessent de débattre des critères applicables et fassent plutôt valoir leurs prétentions sur le fond. [Italiques supprimés.]

Même si ces extraits de *Dunsmuir* ont trait à la démarche qui avait cours auparavant pour déterminer la norme de contrôle, j’estime qu’ils demeurent pertinents en réponse à l’opinion exprimée par le juge Cromwell.

[37] Les pourvois entendus par notre Cour depuis *Dunsmuir* montrent bien l’incertitude que suscite toujours la norme de contrôle lorsque le litige a pour objet l’interprétation de sa loi constitutive par un tribunal administratif. Dans *Nolan c. Superintendent of Financial Services* (2006), 209 O.A.C. 21, la Cour divisionnaire de l’Ontario a estimé que la bonne norme de contrôle était celle de la décision correcte. La Cour d’appel a plutôt appliqué la norme de la décision raisonnable (*sub nom. Kerry (Canada) Inc. c. DCA Employees Pension Committee*, 2007 ONCA 416, 86 O.R. (3d) 1), et notre Cour s’est rangée à son avis (*sub nom. Nolan c. Kerry (Canada) Inc.*, 2009 CSC 39, [2009] 2 R.C.S. 678). Dans *Alliance Pipeline Ltd. c. Smith*, 2008 CF 12, 34 C.E.L.R. (3d) 138, le juge saisi de la demande de contrôle judiciaire a retenu la norme de la raisonabilité, tandis que la Cour d’appel (2009 CAF 110, 389 N.R. 363) a jugé inutile de décider laquelle des deux normes devait s’appliquer. Notre Cour a opté pour la norme de la décision raisonnable (2011 CSC 7, [2011] 1 R.C.S. 160). Dans *Celgene Corp. c. Canada (Procureur général)*, 2009 CF 271, 344 F.T.R. 45, le juge de première instance a effectué le contrôle au regard de la norme de la décision correcte. La Cour d’appel fédérale (2009 CAF 378, 315 D.L.R. (4th) 270) et notre Cour (2011 CSC 1, [2011] 1 R.C.S. 3) ont dit douter qu’il s’agisse de la bonne norme. Sans entreprendre d’analyse relative à la norme de contrôle et pour des raisons d’ordre pratique,

review court and the Court of Appeal applied a correctness standard of review.

[38] These examples demonstrate that the “true questions of jurisdiction” category has caused confusion to counsel and judges alike and has unnecessarily increased costs to clients before getting to the actual substance of the case. Avoiding using the label “jurisdictional” only to engage in a search for the legislators’ intent, as my colleague suggests at paras. 96-97, simply leads to the same debate about what constitutes a jurisdictional question. As Binnie J. directly put it in *Dunsmuir*, our objective should be to get the parties away from arguing about standard of review to arguing about the substantive merits of the case.

[39] What I propose is, I believe, a natural extension of the approach to simplification set out in *Dunsmuir* and follows directly from *Alliance* (para. 26). True questions of jurisdiction are narrow and will be exceptional. When considering a decision of an administrative tribunal interpreting or applying its home statute, it should be presumed that the appropriate standard of review is reasonableness. As long as the true question of jurisdiction category remains, the party seeking to invoke it must be required to demonstrate why the court should not review a tribunal’s interpretation of its home statute on the deferential standard of reasonableness.

[40] In Justice Cromwell’s view, saying that jurisdictional questions are exceptional is not an answer to a plausible argument that a particular provision falls outside the presumption of reasonableness review and into the exceptional category of correctness review. Nor does it assist, he says, in

dans *Northrop Grumman*, notre Cour a appliqué la norme de la décision correcte en s’appuyant sur la jurisprudence. Dans la présente affaire, la juridiction de révision et la Cour d’appel ont toutes deux conclu à l’application de la norme de la décision correcte.

[38] Il appert de ces exemples que la catégorie des « questions touchant véritablement à la compétence » sème la confusion tant chez les juges que chez les avocats et qu’elle accroît inutilement les frais de justice supportés par les parties avant que l’affaire ne soit entendue au fond. Éviter de recourir à la notion de « question de compétence » pour s’en tenir à la recherche de l’intention du législateur comme le propose mon collègue aux par. 96-97 de ses motifs a seulement pour effet de relancer le débat quant à ce qui constitue une question de compétence. Comme le dit sans détour le juge Binnie dans *Dunsmuir*, nous devrions chercher à faire en sorte que les parties cessent de débattre de la norme de contrôle et fassent plutôt valoir leurs prétentions sur le fond.

[39] À mon sens, ce que je préconise en l’espèce découle naturellement de la volonté de simplification qui anime notre Cour dans *Dunsmuir*, et donne directement suite à *Alliance* (par. 26). Les véritables questions de compétence ont une portée étroite et se présentent rarement. Il convient de présumer que la norme de contrôle à laquelle est assujettie la décision d’un tribunal administratif qui interprète sa loi constitutive ou qui l’applique est celle de la décision raisonnable. Tant que subsiste la catégorie des véritables questions de compétence, la partie qui prétend soulever une question qui y appartient doit établir les raisons pour lesquelles le contrôle visant l’interprétation de sa loi constitutive par le tribunal administratif ne devrait pas s’effectuer au regard de la norme déférente de la décision raisonnable.

[40] Dans l’optique du juge Cromwell, l’affirmation voulant que les questions de compétence soient exceptionnelles ne peut être opposée à la thèse plausible qu’une disposition donnée échappe à l’application de la présomption d’assujettissement à la norme de la décision raisonnable et appartient à

determining by what means the presumption may be rebutted.

[41] Both Binnie J. and Cromwell J. object to the *creation of a presumption* of reasonableness review of the home statute of the tribunal. With respect, I find the objection perplexing in view of judicial and academic opinion that the presumption was implicitly already established in *Dunsmuir*. Professor D. J. Mullan writes in “The McLachlin Court and the Public Law Standard of Review: A Major Irritant Soothed or a Significant Ongoing Problem?”, in D. A. Wright and A. M. Dodek, eds., *Public Law at the McLachlin Court: The First Decade* (2011), 79, at p. 108:

Justice John Evans of the Federal Court of Appeal has argued in his 2009 10th Heald Lecture delivered at the College of Law at the University of Saskatchewan that in *Dunsmuir* (reinforced by *Khosa*), the Court had now established (re-established?) a very strong presumption of deferential review when a statutory authority is interpreting its home, or constitutive, statute, or any other frequently encountered statute, or even common or civil law principle. I too accept that . . .

Both Justice Evans and Professor Mullan are recognized as leading scholars in the field of administrative law in Canada.

[42] As I have explained, I am unable to provide a definition of what might constitute a true question of jurisdiction. The difficulty with maintaining the category of true questions of jurisdiction is that without a clear definition or content to the category, courts will continue, unnecessarily, to be in doubt on this question. However, at this stage, I do not rule out, in our adversarial system, counsel raising an argument that might satisfy a court that a true question of jurisdiction exists and applies in a particular case. The practical approach is to direct the courts and counsel that at this time, true questions of jurisdiction will be exceptional and, should the

la catégorie des questions exceptionnelles appelant la norme de la décision correcte. Il ajoute qu'elle ne contribue pas non plus à la détermination des moyens par lesquels la présomption peut être réfutée.

[41] Les juges Binnie et Cromwell s'opposent tous deux à l'établissement d'une présomption assujettissant à la norme de la décision raisonnable l'interprétation de sa loi constitutive par le tribunal administratif. Soit dit en tout respect, leur désaccord me paraît déroutant au vu de l'opinion judiciaire et doctrinale selon laquelle *Dunsmuir* établit déjà tacitement cette présomption. Le professeur D. J. Mullan écrit ce qui suit dans « The McLachlin Court and the Public Law Standard of Review : A Major Irritant Soothed or a Significant Ongoing Problem? », in D. A. Wright et A. M. Dodek, dir., *Public Law at the McLachlin Court : The First Decade* (2011), 79, p. 108 :

[TRADUCTION] En 2009, le juge John Evans de la Cour d'appel fédérale a soutenu lors de la dixième conférence Heald tenue à la faculté de droit de l'Université de la Saskatchewan que dans *Dunsmuir* (puis dans *Khosa*), la Cour applique désormais (ou de nouveau?) la très forte présomption voulant que la déférence s'impose lors du contrôle de la décision de l'autorité déléguée qui interprète sa loi habilitante ou constitutive, une autre loi ou quelque autre texte législatif auquel elle a souvent affaire, voire un principe de common law ou de droit civil. Je le reconnais également . . .

Tant le juge Evans que le professeur Mullan sont des sommités reconnues en droit administratif canadien.

[42] Comme je l'explique précédemment, je ne peux offrir de définition quant à ce qui peut constituer une question touchant véritablement à la compétence. Or, si on conserve cette catégorie sans la définir clairement ni préciser sa teneur, les cours de justice demeureront inutilement dans l'incertitude à ce sujet. Cependant, à ce stade, je n'exclus pas que, dans notre système fondé sur le principe du contradictoire, un avocat puisse convaincre une cour de l'existence et de l'application d'une question touchant véritablement à la compétence dans une affaire donnée. Concrètement, il convient d'indiquer aux tribunaux et aux plaideurs que, pour

occasion arise, to address in a future case whether such category is indeed helpful or necessary.

[43] With respect, Justice Cromwell's reasons fail to appreciate that an invitation to consider whether a true question of jurisdiction or *vires* exists in a future case does not raise the specter of the constitutional guarantee of judicial review being an "empty shell" (para. 103). All decisions of tribunals are subject to judicial review, including decisions dealing with the scope of their statutory mandate, even if this Court were to eliminate true questions of jurisdiction as a separate category attracting a correctness review. This change would simply end the need for debate around whether the issue in any given case can be properly characterized as jurisdictional. It would not preclude judicial review on a reasonableness standard when interpretation of the home statute of the tribunal is at issue. Nor would it eliminate correctness review of decisions of tribunals interpreting their home statute where the issue is a constitutional question, a question of law that is of central importance to the legal system as a whole and that is outside the adjudicator's expertise, or a question regarding the jurisdictional lines between competing specialized tribunals. See *Alliance*, at para. 26, citing *Dunsmuir*, at paras. 58-61, and *Nor-Man Regional Health Authority Inc. v. Manitoba Association of Health Care Professionals*, 2011 SCC 59, [2011] 3 S.C.R. 616, at para. 35, *per* Fish J.

[44] *Dunsmuir* provided guidance as to how a standard of review might be determined summarily without requiring a full standard of review analysis. One method was to identify the nature of the question at issue, which would normally or, I say, presumptively determine the standard of

l'heure, les questions touchant véritablement à la compétence sont exceptionnelles et que, si l'occasion se présente, il conviendra ultérieurement de se demander si la catégorie est effectivement utile ou nécessaire.

[43] Soit dit en tout respect, dans ses motifs, le juge Cromwell ne tient pas compte du fait que l'invitation à se demander si l'existence d'une question touchant véritablement à la compétence sera reconvenue dans une affaire ultérieure ne risque pas de rendre théorique la garantie constitutionnelle dont bénéficie le contrôle judiciaire (par. 103). Toute décision d'un tribunal administratif est susceptible de contrôle judiciaire, y compris celle portant sur l'étendue de son mandat légal, et elle le demeurerait même si notre Cour supprimait la catégorie des questions touchant véritablement à la compétence en tant que catégorie distincte appelant l'application de la norme de la décision correcte. Un tel changement mettrait simplement fin à la nécessité de débattre de la question de savoir si, dans un cas donné, on peut à juste titre qualifier le point soulevé de question touchant à la compétence. Il n'empêcherait pas le contrôle judiciaire selon la norme de la décision raisonnable lorsque le litige porte sur l'interprétation de sa loi constitutive par un tribunal administratif. Il ne soustrairait pas non plus à un contrôle au regard de la décision correcte l'interprétation de sa loi constitutive par le tribunal administratif lorsque le litige porte sur une question constitutionnelle, une question de droit d'une importance capitale pour le système juridique dans son ensemble et étrangère au domaine d'expertise du décideur, ou une question relative à la délimitation des compétences respectives de tribunaux spécialisés concurrents. Voir *Alliance*, par. 26, citant *Dunsmuir*, par. 58-61, et *Nor-Man Regional Health Authority Inc. c. Manitoba Association of Health Care Professionals*, 2011 CSC 59, [2011] 3 R.C.S. 616, par. 35, le juge Fish.

[44] L'arrêt *Dunsmuir* permet de déterminer sommairement la norme de contrôle applicable sans effectuer l'analyse exhaustive s'y rapportant. L'une des avenues possibles consiste à qualifier la question en litige, ce qui définit normalement (ou, de mon point de vue, on peut le présumer) la norme

review. Contrary to the view of my colleague in para. 97, I would not wish to retreat to the application of a full standard of review analysis where it can be determined summarily.

[45] At para. 89, Binnie J. suggests that “[i]f the issue before the reviewing court relates to the interpretation and application of a tribunal’s ‘home statute’ and related statutes that are also within the core function and expertise of the decision maker, and the issue does not raise matters of legal importance beyond administrative aspects of the statutory scheme under review, the Court should afford a measure of deference under the standard of reasonableness.” With respect, I think Binnie J.’s isolating matters of general legal importance as a stand-alone basis for correctness review is not consistent with what this Court has said in *Dunsmuir, Alliance, Canada (Canadian Human Rights Commission)* and *Nor-Man*.

[46] At para. 22 of *Canada (Canadian Human Rights Commission)*, LeBel and Cromwell JJ. state:

On the other hand, our Court has reaffirmed that general questions of law that are both of central importance to the legal system as a whole and outside the adjudicator’s specialized area of expertise, must still be reviewed on a standard of correctness, in order to safeguard a basic consistency in the fundamental legal order of our country. [Emphasis added.]

In other words, since *Dunsmuir*, for the correctness standard to apply, the question has to not only be one of central *importance to the legal system* but also outside the *adjudicator’s specialized area of expertise*.

[47] At paras. 85-87, Binnie J. reintroduces from his concurring reasons in *Dunsmuir* the concept of variable degrees of deference. The majority reasons in *Dunsmuir* do not recognize variable degrees of deference within the reasonableness standard of

de contrôle correspondante. Contrairement à l’opinion de mon collègue au par. 97 de ses motifs, je n’entends pas revenir à l’analyse exhaustive lorsqu’une démarche sommaire permet de déterminer la norme de contrôle.

[45] Au paragraphe 89 de ses motifs, le juge Binnie laisse entendre que « [s]i la décision visée par le contrôle judiciaire a trait à l’interprétation et à l’application de la loi constitutive du tribunal administratif ou d’une loi connexe qui relève elle aussi essentiellement du mandat et de l’expertise du décideur, et qu’elle ne soulève pas de questions de droit générales, au-delà des aspects administratifs du régime législatif en cause, la juridiction de révision devrait se montrer déférente en appliquant la norme de la décision raisonnable. » En toute déférence, j’estime que le juge Binnie isole les questions de droit générales pour en faire une catégorie autonome commandant la décision correcte, ce qui est incompatible avec la conclusion que tire en fait notre Cour dans *Dunsmuir, Alliance, Canada (Commission canadienne des droits de la personne)* et *Nor-Man*.

[46] Voici ce qu’affirment les juges LeBel et Cromwell au par. 22 des motifs dans *Canada (Commission canadienne des droits de la personne)* :

D’autre part, la Cour réaffirme que les questions de droit générales qui revêtent une importance capitale pour le système juridique dans son ensemble et qui sont étrangères au domaine d’expertise de l’organisme juridictionnel demeurent assujetties à la norme de la décision correcte, et ce, dans un souci de cohérence de l’ordre juridique fondamental du pays. [Je souligne.]

En d’autres termes, depuis *Dunsmuir*, pour que s’applique la norme de la décision correcte, la question doit non seulement revêtir une *importance capitale pour le système juridique*, mais elle doit aussi être étrangère au *domaine d’expertise du décideur*.

[47] Aux paragraphes 85-87 de ses motifs, le juge Binnie reprend la notion de degrés variables de déférence tirée de ses motifs concordants dans *Dunsmuir*. Dans cet arrêt, les juges majoritaires ne reconnaissent pas de degrés variables

review and with respect neither do the reasons in *Canada (Canadian Human Rights Commission)*. Once it is determined that a review is to be conducted on a reasonableness standard, there is no second assessment of how intensely the review is to be conducted. The judicial review is simply concerned with the question at issue. A review of a question of statutory interpretation is different from a review of the exercise of discretion. Each will be governed by the context. But there is no determination of the intensity of the review with some reviews closer to a correctness review and others not.

[48] The Commissioner's interpretation of s. 50(5) *PIPA* relates to the interpretation of his own statute, is within his expertise and does not raise issues of general legal importance or true jurisdiction. His decision that an inquiry does not automatically terminate as a result of his extending the 90-day period only after the expiry of that period is therefore reviewable on the reasonableness standard.

[49] The oral reasons given by the chambers judge did not involve an extended discussion of the appropriate standard of review. Marshall J. assumed that *Dunsmuir* stood for the principle that "the standard of correctness still applies to matters of jurisdiction and some other matters of law" (at para. 10), and then held that the timelines question was reviewable on a standard of correctness. As I have explained, the timelines question is neither a true jurisdictional question nor any other type of question of law that attracts a correctness standard.

[50] For its part, the majority of the Alberta Court of Appeal appears to have held that, since the adjudicator provided no reasons for the decision, it was not necessary to determine the appropriate standard of review in the administrative law sense. The reasons of the majority suggest that, in these

de déférence lors d'un contrôle judiciaire selon la norme de la décision raisonnable et, soit dit en tout respect, la Cour ne le fait pas non plus dans *Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*: Une fois décidé que le contrôle doit s'effectuer selon la norme de la décision raisonnable, nulle autre démarche n'a lieu pour arrêter de degré d'intensité de l'examen. Le contrôle judiciaire ne s'intéresse qu'à la question en litige. Le contrôle d'une interprétation législative diffère de celui d'un exercice du pouvoir discrétionnaire. Il est toujours régi par le contexte de l'affaire. Mais il n'y a pas de détermination du degré d'intensité de l'examen où, dans certains cas, le contrôle se rapproche de la révision selon la norme de la décision correcte, et dans d'autres, pas.

[48] Pour le commissaire, interpréter le par. 50(5) de la *PIPA* revient à interpréter sa loi constitutive, relève de son expertise et ne soulève pas de questions de droit générales, ni de questions touchant véritablement à la compétence. Le contrôle de sa décision portant que la prorogation du délai après les 90 jours impartis ne met pas automatiquement fin à l'enquête doit donc s'effectuer selon la norme de la raisonabilité.

[49] Dans ses motifs prononcés à l'audience, le juge en cabinet ne s'étend pas sur la norme de contrôle applicable. En effet, pour le juge Marshall, l'arrêt *Dunsmuir* établit le principe selon lequel [TRADUCTION] « la norme de la décision correcte continue de s'appliquer aux questions de compétence et à quelques autres questions de droit » (par. 10). Il statue que la décision relative à l'observation du délai est susceptible de contrôle suivant la norme de la décision correcte. Comme je l'explique précédemment, il ne s'agit ni d'une véritable question de compétence ni d'une autre question de droit commandant l'application de la norme de la décision correcte.

[50] Les juges majoritaires de la Cour d'appel paraissent conclure que, la déléguée n'ayant pas motivé sa décision, il n'y a pas lieu de déterminer quelle norme de contrôle s'applique en droit administratif. Ils laissent entendre qu'en pareille situation, la Cour d'appel peut simplement avoir recours

circumstances, the Court of Appeal could simply apply the standard of appellate review for questions of law, i.e., correctness. With respect, this approach cannot be maintained. Had the issue been raised before the adjudicator, it would have been subject to review on a reasonableness standard. Where the reviewing court finds that the tribunal has made an implicit decision on a critical issue, the deference due to the tribunal does not disappear because the issue was not raised before the tribunal.

[51] In the present case, the adjudicator, by completing the inquiry, implicitly decided that extending the 90-day period for completion of an inquiry after the expiry of that period did not result in the automatic termination of the inquiry. However, as the issue was never raised and the decision was merely implicit, the adjudicator provided no reasons for her decision. It is therefore necessary to address how a reviewing court is to apply the reasonableness standard in such circumstances.

[52] In *Dunsmuir*, the majority explained (at paras. 47-48):

In judicial review, reasonableness is concerned mostly with the existence of justification, transparency and intelligibility within the decision-making process. But it is also concerned with whether the decision falls within a range of possible, acceptable outcomes which are defensible in respect of the facts and law.

... We agree with David Dyzenhaus where he states that the concept of “deference as respect” requires of the courts “not submission but a respectful attention to the reasons offered or which could be offered in support of a decision”: “The Politics of Deference: Judicial Review and Democracy”, in M. Taggart, ed., *The Province of Administrative Law* (1997), 279, at p. 286

Obviously, where the tribunal’s decision is implicit, the reviewing court cannot refer to the tribunal’s process of articulating reasons, nor to justification, transparency and intelligibility within the tribunal’s decision-making process. The reviewing court cannot give respectful attention to the reasons offered because there are no reasons.

[53] However, the direction that a reviewing court should give respectful attention to the reasons

à la norme qui s’applique en appel à une question de droit, c.-à-d. la norme de la décision correcte. En toute déférence, je ne peux souscrire à cette approche. Si la question avait été soumise à la déléguée, il y aurait eu contrôle suivant la norme de la raisonabilité. Lorsque la juridiction de révision conclut que le tribunal administratif a implicitement statué sur une question cruciale, ce dernier ne cesse pas d’avoir droit à la déférence parce que la question n’a pas été soulevée devant lui.

[51] En menant l’enquête à terme, la déléguée a implicitement statué que la prorogation du délai après les 90 jours impartis n’avait pas automatiquement mis fin à l’enquête. Toutefois, la question n’ayant jamais été soulevée et la décision étant seulement tacite, il n’y a pas de motifs à l’appui. Il faut donc se demander comment il convient d’appliquer la norme de la raisonabilité dans ce cas.

[52] Dans l’arrêt *Dunsmuir*, les juges majoritaires donnent l’explication suivante (par. 47-48) :

Le caractère raisonnable tient principalement à la justification de la décision, à la transparence et à l’intelligibilité du processus décisionnel, ainsi qu’à l’appartenance de la décision aux issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit.

... Nous convenons avec David Dyzenhaus que la notion de [TRADUCTION] « retenue au sens de respect » n’exige pas de la cour de révision [TRADUCTION] « la soumission, mais une attention respectueuse aux motifs donnés ou qui pourraient être donnés à l’appui d’une décision » : « The Politics of Deference : Judicial Review and Democracy », dans M. Taggart, dir., *The Province of Administrative Law* (1997), 279, p. 286

De toute évidence, lorsqu’une cour de justice contrôle la décision implicite d’un tribunal administratif, elle ne peut s’en remettre à la formulation des motifs, à la justification de la décision, à la transparence et à l’intelligibilité du processus décisionnel. Elle ne peut accorder d’attention respectueuse aux motifs de la décision, car il n’y en a pas.

[53] Il convient toutefois qu’elle porte une attention respectueuse aux motifs « qui pourraient être

“which could be offered in support of a decision” is apposite when the decision concerns an issue that was not raised before the decision maker. In such circumstances, it may well be that the administrative decision maker did not provide reasons *because* the issue was not raised and it was not viewed as contentious. If there exists a reasonable basis upon which the decision maker could have decided as it did, the court must not interfere.

[54] I should not be taken here as suggesting that courts should not give due regard to the reasons provided by a tribunal when such reasons are available. The direction that courts are to give respectful attention to the reasons “which could be offered in support of a decision” is not a “carte blanche to reformulate a tribunal’s decision in a way that casts aside an unreasonable chain of analysis in favour of the court’s own rationale for the result” (*Petro-Canada v. Workers’ Compensation Board (B.C.)*, 2009 BCCA 396, 276 B.C.A.C. 135, at paras. 53 and 56). Moreover, this direction should not “be taken as diluting the importance of giving proper reasons for an administrative decision” (*Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339, at para. 63, *per* Binnie J.). On the contrary, deference under the reasonableness standard is best given effect when administrative decision makers provide intelligible and transparent justification for their decisions, and when courts ground their review of the decision in the reasons provided. Nonetheless, this is subject to a duty to provide reasons in the first place. When there is no duty to give reasons (e.g., *Canada (Attorney General) v. Mavi*, 2011 SCC 30, [2011] 2 S.C.R. 504) or when only limited reasons are required, it is entirely appropriate for courts to consider the reasons that could be offered for the decision when conducting a reasonableness review. The point is that parties cannot gut the deference owed to a tribunal by failing to raise the issue before the tribunal and thereby mislead the tribunal on the necessity of providing reasons.

[55] In some cases, it may be that a reviewing court cannot adequately show deference to the administrative decision maker without first providing the decision maker the opportunity to give its

donnés à l’appui d’une décision » lorsque celle-ci porte sur une question qui n’a pas été soulevée devant le décideur. Il est fort possible alors que le décideur administratif n’ait pas donné de motifs *parce que* la question n’avait pas été soulevée et qu’il ne la tenait pas pour litigieuse. Lorsque la décision pourrait avoir une assise raisonnable, la cour de justice doit y déférer.

[54] Je ne laisse cependant pas entendre qu’une cour de justice n’a pas à tenir dûment compte des motifs du tribunal administratif lorsque ceux-ci existent. L’invitation à porter une attention respectueuse aux motifs « qui pourraient être donnés à l’appui d’une décision » ne confère pas à la cour de justice le [TRADUCTION] « pouvoir absolu de reformuler la décision en substituant à l’analyse qu’elle juge déraisonnable sa propre justification du résultat » (*Petro-Canada c. Workers’ Compensation Board (B.C.)*, 2009 BCCA 396, 276 B.C.A.C. 135, par. 53 et 56). Elle ne doit pas non plus « être interprétée comme atténuant l’importance de motiver adéquatement une décision administrative » (*Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339, par. 63, le juge Binnie). Au contraire, la déférence inhérente à la norme de la raisonabilité se manifeste optimalement lorsqu’une décision administrative est justifiée de façon intelligible et transparente et que la juridiction de révision contrôle la décision à partir des motifs qui l’étayent. Il doit cependant exister au départ une obligation de motiver. Lorsque cette obligation n’existe pas (voir, p. ex., *Canada (Procureur général) c. Mavi*, 2011 CSC 30, [2011] 2 R.C.S. 504) ou que sa portée est limitée, il est tout à fait indiqué, dans l’appréciation de la raisonabilité, d’examiner les motifs qui pourraient être donnés. Le point essentiel est que les parties ne sauraient, en omettant de soulever une question et en induisant ainsi le tribunal administratif en erreur quant à la nécessité de motiver sa décision, écarter la déférence due au tribunal administratif.

[55] Il peut arriver parfois qu’une juridiction de révision ne puisse manifester la déférence voulue sans offrir d’abord au décideur administratif la possibilité d’exposer les motifs de sa décision.

own reasons for the decision. In such a case, even though there is an implied decision, the court may see fit to remit the issue to the tribunal to allow the tribunal to provide reasons. However, remitting the issue to the tribunal may undermine the goal of expedient and cost-efficient decision making, which often motivates the creation of specialized administrative tribunals in the first place. Accordingly, remitting the issue to the tribunal is not necessarily the appropriate option available to a court when it is asked to review a tribunal's implied decision on an issue that was not raised before the tribunal. Indeed, when a reasonable basis for the decision is apparent to the reviewing court, it will generally be unnecessary to remit the decision to the tribunal. Instead, the decision should simply be upheld as reasonable. On the other hand, a reviewing court should show restraint before finding that an implied decision on an issue not raised before the tribunal was unreasonable. It will generally be inappropriate to find that there is no reasonable basis for the tribunal's decision without first giving the tribunal an opportunity to provide one. This, of course, assumes that the Court has thought it appropriate in the particular circumstances to allow the issue to be raised for the first time on judicial review. Care must be taken not to give parties an opportunity for a second hearing before a tribunal as a result of their failure to raise at the first hearing all of the issues they ought to have raised.

C. *Application of the Reasonableness Standard in This Case*

[56] In the present case, the Court need not look far to discover a reasonable basis for the adjudicator's decision. The Commissioner and his delegated adjudicators have considered the issue, as it relates to s. 50(5) *PIPA* and to the similarly worded s. 69(6) of the *Freedom of Information and Protection of Privacy Act*, R.S.A. 2000, c. F-25 ("FOIPA"), on numerous occasions and have provided a consistent analysis. The existence of other decisions of a tribunal on the same issue can be of assistance to a reviewing court in determining whether a reasonable basis for the tribunal's decision exists. In this case, a review of the reasons of the Commissioner

Alors, même s'il y a une décision implicite, il est possible qu'elle juge opportun de renvoyer la décision au tribunal administratif pour qu'il la motive. Le renvoi peut toutefois faire échec à la volonté de mettre sur pied un processus décisionnel à la fois rapide et économique qui préside souvent au départ à la création d'un tribunal administratif spécialisé. Ce n'est donc pas nécessairement la solution à retenir à l'issue du contrôle judiciaire de la décision implicite d'un décideur administratif sur un point qui n'a pas été soulevé devant lui. En effet, lorsque la décision a un fondement raisonnable manifeste, il n'est généralement pas nécessaire de renvoyer l'affaire au tribunal administratif. La juridiction de révision devrait simplement la déclarer raisonnable et la confirmer. Par contre, elle devrait user de retenue avant de conclure au caractère déraisonnable d'une décision implicite rendue sur un point non soulevé devant le tribunal administratif. Il ne convient généralement pas qu'elle conclue à l'absence d'assise raisonnable sans offrir d'abord au tribunal administratif la possibilité d'en fournir une. Il faut évidemment supposer que, dans la situation particulière considérée, elle a jugé opportun de permettre que la question soit soulevée pour la première fois lors du contrôle judiciaire. Il faut se garder de donner aux parties la possibilité d'être entendues une autre fois par le tribunal administratif parce qu'elles ont omis de faire état à la première audience de toutes les questions à débattre.

C. *Application en l'espèce de la norme de la raisonnable*

[56] Dans la présente affaire, point n'est besoin de chercher loin pour trouver un fondement raisonnable à la décision de la déléguée. La question touchant à l'application du par. 50(5) de la *PIPA* ou du par. 69(6) de la *Freedom of Information and Protection of Privacy Act*, R.S.A. 2000, ch. F-25 (« FOIPA »), dont les libellés sont semblables, a été examinée à maintes reprises par le commissaire et ses délégués, et leur analyse se révèle constante. La juridiction de révision peut s'en remettre aux autres décisions que le tribunal administratif a rendues sur le même point pour se prononcer sur l'existence d'un fondement raisonnable. En l'occurrence,

and the adjudicators in other cases allows this Court to determine without difficulty that a reasonable basis exists for the adjudicator's implied decision in this case. Indeed, in the circumstances here, it is safe to assume that the numerous and consistent reasons in these decisions would have been the reasons of the adjudicator in this case.

[57] In *Order P2008-005; College of Alberta Psychologists*, December 17, 2008, O.I.P.C., the Commissioner's delegated adjudicator considered the issue of whether there could be an extension after the expiry of the 90-day period under s. 50(5) *PIPA*. Adopting the Commissioner's analysis of s. 69(6) *FOIPA* in *Order F2006-031; Edmonton Police Service*, September 22, 2008, O.I.P.C., as applicable to s. 50(5) *PIPA*, she decided that "time extensions under section 50(5) can be done after expiry of the 90-day period" (para. 27). She looked at the text of s. 50(5) *PIPA* and reasoned that "[t]he placing of the phrase 'within 90 days' is such that this modifier refers only to the time within which the inquiry must be completed, rather than to a time within which the extension must be done" (para. 27). She went on to explain that, if "there is ambiguity, a purposive interpretation of section 50, in the context of the entire Act, leads to the conclusion that the purpose of the Act would be best served if the provision were interpreted as permitting an extension after 90 days" (para. 27).

[58] Finally, her interpretation of s. 50(5) was informed by practical realities of procedures under *PIPA*, which could make it impossible for adequate notice, including an anticipated date of completion, to be provided before the expiry of 90 days. In the case before her,

at the time the 90 days expired, the interviews with the parties had not yet been completed. Indeed, because the mediator was not appointed until after further information had been sought and obtained from the Applicant, the mediation process was only commencing. At that time, it was impossible to know whether there would be a need for an inquiry. It makes no sense to speak of anticipating a date for completion of an inquiry until the inquiry itself can be anticipated in the sense of

l'examen des motifs du commissaire ou de ses délégués dans d'autres affaires permet de déterminer sans peine que la décision implicite de la déléguée a une assise raisonnable. On peut certes présumer que ces motifs abondants et constants auraient été repris par la déléguée dans la présente affaire.

[57] Dans l'ordonnance *P2008-005; College of Alberta Psychologists*, 17 décembre 2008, O.I.P.C., la déléguée du commissaire examine la question de la prorogation du délai après les 90 jours impartis sous le régime du par. 50(5) de la *PIPA*. Estimant que l'analyse du commissaire se rapportant à l'application du par. 69(6) de la *FOIPA* dans l'ordonnance *F2006-031; Edmonton Police Service*, 22 septembre 2008, O.I.P.C., vaut pour le par. 50(5) de la *PIPA*, elle conclut que [TRADUCTION] « la prorogation du délai suivant le par. 50(5) peut intervenir après l'expiration des 90 jours » (par. 27). Après examen de la disposition, elle opine que « [v]u leur emplacement dans le libellé, les mots "dans les 90 jours" ne définissent que le délai dans lequel l'enquête doit être menée à terme, et non celui dans lequel la prorogation doit intervenir » (par. 27). Elle ajoute que dans la mesure où « il y a ambiguïté, l'interprétation téléologique de l'art. 50 au regard de l'ensemble de la Loi mène à la conclusion que l'interprétation autorisant la prorogation du délai après les 90 jours impartis est davantage compatible avec l'objet de la Loi » que celle qui l'interdit (par. 27).

[58] Enfin, elle interprète le par. 50(5) en fonction du déroulement réel de la procédure prévue par la *PIPA*, lequel pourrait faire en sorte que l'avis requis, y compris la communication de la date prévue d'achèvement, ne puisse être dûment donné avant l'expiration du délai de 90 jours. Elle dit ce qui suit au sujet de l'affaire dont elle est saisie :

[TRADUCTION] . . . à l'expiration du délai de 90 jours, les entretiens avec les parties n'avaient pas encore pris fin. En fait, le processus de médiation venait à peine de commencer, car le médiateur n'avait été nommé qu'après l'obtention d'un complément d'information du demandeur. On ne pouvait alors savoir si une enquête serait nécessaire. On ne saurait prévoir la date à laquelle prendra fin une enquête alors qu'on ne sait même pas s'il y en aura une. [. .] Ce n'est que lorsqu'il est apparu

being expected. . . . It was only after it became clear that the mediation had failed and the matter would go to inquiry that it became necessary to undertake the next phase. [para. 36]

[59] In my view, it was reasonable to interpret s. 50(5) *PIPA* in a manner consistent with s. 69(6) *FOIPA*. Both provisions govern inquiries conducted by the Commissioner. The two provisions are identically structured and use almost identical language. For ease of reference, I repeat that s. 50(5) *PIPA* then provided:

50 . . .

(5) An inquiry into a matter that is the subject of a written request referred to in section 47 must be completed within 90 days from the day that the written request was received by the Commissioner unless the Commissioner

- (a) notifies the person who made the written request, the organization concerned and any other person given a copy of the written request that the Commissioner is extending that period, and
- (b) provides an anticipated date for the completion of the review.

[60] Section 69(6) *FOIPA* provides:

69 . . .

(6) An inquiry under this section must be completed within 90 days after receiving the request for the review unless the Commissioner

- (a) notifies the person who asked for the review, the head of the public body concerned and any other person given a copy of the request for the review that the Commissioner is extending that period, and
- (b) provides an anticipated date for the completion of the review.

[61] Given that the reasons in *Order P2008-005* adopted the Commissioner's reasoning in *Order F2006-031*, the analysis in *Order F2006-031* can provide further assistance in determining the existence of a reasonable basis for the adjudicator's implied decision in this case. Indeed, the

clairement que la médiation avait échoué et que la tenue d'une enquête s'imposait qu'il a fallu passer à l'étape suivante. [par. 36]

[59] Selon moi, il était raisonnable que l'interprétation du par. 50(5) de la *PIPA* s'inspire de celle du par. 69(6) de la *FOIPA*. En effet, les deux dispositions s'appliquent aux enquêtes du commissaire, elles sont conçues de la même manière et leurs libellés sont presque identiques. Afin de faciliter sa consultation, je reproduis à nouveau le texte du par. 50(5) de la *PIPA* dans la version qui s'appliquait au moment considéré :

[TRADUCTION] 50 . . .

(5) L'enquête qui fait suite à une demande écrite visée à l'article 47 prend fin dans les 90 jours qui suivent la réception de celle-ci, sauf :

- a) lorsque le commissaire informe l'auteur de la demande, l'organisme visé et toute autre personne ayant reçu copie de la demande qu'il proroge ce délai,
- b) et qu'il précise la date prévue d'achèvement de l'enquête.

[60] Le paragraphe 69(6) de la *FOIPA* prévoit ce qui suit :

[TRADUCTION] 69 . . .

(6) L'enquête entreprise en application du présent article prend fin dans les 90 jours suivant la réception de la demande d'enquête, sauf :

- a) lorsque le commissaire informe l'auteur de la demande d'enquête, la direction de l'organisme public visé et toute autre personne ayant reçu copie de la demande d'enquête qu'il proroge ce délai,
- b) et qu'il précise la date prévue d'achèvement de l'enquête.

[61] Comme les motifs de l'ordonnance *P2008-005* reprennent le raisonnement du commissaire dans l'ordonnance *F2006-031*, l'analyse qui figure dans cette dernière ordonnance peut aussi servir à déterminer si la décision implicite de la déléguée en l'espèce a un fondement raisonnable. D'ailleurs,

Commissioner and his delegated adjudicators have repeatedly relied upon the detailed reasoning in *Order F2006-031* when deciding whether there can be an extension after 90 days under s. 69(6) *FOIPA* (see *Order F2008-013*; *Edmonton (Police Service) (Re)*, [2008] A.I.P.C.D. No. 71 (QL); *Order F2007-014*; *Edmonton (Police Service) (Re)*, [2008] A.I.P.C.D. No. 72 (QL); *Order F2008-003*; *Edmonton Police Service*, December 12, 2008, O.I.P.C.; *Order F2008-016*; *Edmonton (Police Service) (Re)*, [2008] A.I.P.C.D. No. 82 (QL); *Order F2008-017*; *Edmonton (Police Service) (Re)*, [2008] A.I.P.C.D. No. 79 (QL); *Order F2008-005*; *Edmonton (Police Service) (Re)*, [2008] A.I.P.C.D. No. 81 (QL); *Order F2008-018*; *Edmonton (Police Service) (Re)*, [2009] A.I.P.C.D. No. 3 (QL); *Order F2008-027*; *Edmonton (Police Service) (Re)*, [2009] A.I.P.C.D. No. 20 (QL); *Order F2007-031*; *Grande Yellowhead Regional Division No. 35*, November 27, 2008, O.I.P.C.).

[62] In *Order F2006-031*, the Commissioner considered the text of the provision, finding that

[s]ection 69(6) does not expressly state whether I must notify the parties that I am extending the 90 days and provide an anticipated date for completion of the review before the 90-day period expires. Placing the phrase “within 90 days” at the beginning of the provision makes it unclear whether the phrase is meant to refer to (i) the duty to complete the inquiry, as set out in the beginning of the provision, or (ii) the power in section 69(6)(a) and section 69(6)(b) to extend the 90-day period.

In my view, the placement of the phrase “within 90 days” indicates that the 90 days refers only to my duty to complete the inquiry, and does not refer to my power to extend the 90-day period in section 69(6)(a) and section 69(6)(b). [paras. 53-54]

[63] In my view, this is a reasonable interpretation of the text of s. 69(6) *FOIPA* and of s. 50(5) *PIPA*. The placement of “within 90 days” suggests that it may refer to the completion of the inquiry and not to providing an extension.

[64] The ATA submits that interpreting s. 50(5) *PIPA* to allow an extension after the expiry of 90

le commissaire et ses délégués ont souvent fait fond sur ces motifs détaillés lorsqu'ils ont eu à statuer sur la prorogation du délai de 90 jours prévu au par. 69(6) de la *FOIPA* (voir l'ordonnance *F2008-013*; *Edmonton (Police Service) (Re)*, [2008] A.I.P.C.D. No. 71 (QL); l'ordonnance *F2007-014*; *Edmonton (Police Service) (Re)*, [2008] A.I.P.C.D. No. 72 (QL); l'ordonnance *F2008-003*; *Edmonton Police Service*, 12 décembre 2008, O.I.P.C.; l'ordonnance *F2008-016*; *Edmonton (Police Service) (Re)*, [2008] A.I.P.C.D. No. 82 (QL); l'ordonnance *F2008-017*; *Edmonton (Police Service) (Re)*, [2008] A.I.P.C.D. No. 79 (QL); l'ordonnance *F2008-005*; *Edmonton (Police Service) (Re)*, [2008] A.I.P.C.D. No. 81 (QL); l'ordonnance *F2008-018*; *Edmonton (Police Service) (Re)*, [2009] A.I.P.C.D. No. 3 (QL); l'ordonnance *F2008-027*; *Edmonton (Police Service) (Re)*, [2009] A.I.P.C.D. No. 20 (QL); et l'ordonnance *F2007-031*; *Grande Yellowhead Regional Division No. 35*, 27 novembre 2008, O.I.P.C.).

[62] Dans l'ordonnance *F2006-031*, le commissaire conclut ce qui suit après examen du texte de la disposition :

[TRADUCTION] Le paragraphe 69(6) ne précise pas si je dois informer ou non les parties de la prorogation du délai de 90 jours et de la date prévue d'achèvement de l'enquête avant l'expiration du délai de 90 jours. Comme les mots « dans les 90 jours » figurent dans la première partie de la disposition, il est difficile de déterminer s'ils visent (i) l'obligation de mener à terme l'enquête énoncée au début de l'article ou (ii) le pouvoir conféré aux al. 69(6)a) et b) de proroger le délai de 90 jours.

Selon moi, l'emplacement des mots « dans les 90 jours » fait en sorte que le délai vise uniquement l'obligation de mener à terme l'enquête et non le pouvoir de le proroger conféré aux al. 69(6)a) et b). [par. 53-54]

[63] Cette interprétation du par. 69(6) de la *FOIPA* et du par. 50(5) de la *PIPA* me paraît raisonnable. La position des mots [TRADUCTION] « dans les 90 jours » donne à penser qu'ils peuvent se rapporter à l'achèvement de l'enquête, mais non à la prorogation du délai.

[64] L'ATA soutient qu'interpréter le par. 50(5) de la *PIPA* de sorte qu'il permette de proroger le

days would render the requirements of notice nugatory (Factum, at para. 75). I do not agree. The mere fact that an extension and an anticipated date for completion is given after the expiry of 90 days does not eliminate its value in keeping the parties informed of the progression of the process. As the Commissioner noted, in most cases that progress to an inquiry, the parties will be involved in the process and will know that it will not be completed within 90 days (*Order F2006-031*, at para. 58). Even if provided after 90 days, the notice of extension, which includes an anticipated date for completion, still provides information to the parties about how the matter is progressing and when the parties can expect it to be completed.

[65] The ATA argues that the principle of statutory interpretation, *expressio unius est exclusio alterius*, leads to the conclusion that an extension must be made before the expiry of 90 days: when the legislature intended to allow an extension to be made either before or after the expiry of a time period; it said so expressly. The now repealed s. 54(5) *PIPA* authorized a court to, “on application made either before or after the expiry of the period referred to in subsection (3) [i.e., 45 days], extend that period if the court considers it appropriate to do so”. According to the ATA, absence of such language in s. 50(5) *PIPA* necessarily implies that the legislature did not intend for the Commissioner to be able to extend the period for completion of an inquiry “before or after” the 90-day period has expired (Factum, at para. 76).

[66] This argument, while having some merit, is far from determinative. As Justice Berger pointed out, there are also many statutory provisions in Alberta that expressly restrict extensions to those granted before expiry of a time period (at para. 57, citing *Credit Union Act*, R.S.A. 2000, c. C-32, s. 13; *Expropriation Act*, R.S.A. 2000, c. E-13, s. 23; *Garage Keepers’ Lien Act*, R.S.A. 2000, c. G-2, s. 6(3); *Insurance Act*, R.S.A. 2000, c. I-3, s. 796; *Land Titles Act*, R.S.A. 2000, c. L-4, s. 140; *Legal Profession Act*, R.S.A. 2000, c. L-8, s. 80(3); and *Loan and Trust Corporations Act*, R.S.A. 2000, c. L-20, s. 257). I agree with Justice Berger that,

délati après les 90 jours impartis neutralise l’obligation d’informer les parties (mémoire, par. 75). Je ne peux faire droit à cette prétention. Le seul fait que le délai soit prorogé et la date prévue d’achèvement précisée après l’expiration du délai de 90 jours ne rend pas l’avis inutile aux fins de tenir les parties informées de l’évolution de l’instance. Comme le signale le commissaire, dans la plupart des cas qui donnent lieu à une enquête, les parties prennent part au processus et savent que celui-ci ne prendra pas fin dans les 90 jours (ordonnance *F2006-031*, par. 58). Même s’il est donné passé le délai de 90 jours, l’avis de prorogation, qui précise aussi la date prévue d’achèvement, informe toujours les parties du cheminement du dossier et du moment auquel l’enquête devrait prendre fin.

[65] Selon l’ATA, la règle d’interprétation législative *expressio unius est exclusio alterius* mène à la conclusion que la prorogation doit intervenir avant l’expiration des 90 jours, car lorsque le législateur veut permettre la prorogation avant ou après l’expiration d’un délai, il le dit clairement. En effet, avant son abrogation, le par. 54(5) de la *PIPA* disposait qu’une cour de justice [TRADUCTION] « qui le juge indiqué peut, sur demande présentée avant ou après l’expiration du délai prévu au paragraphe (3) [c.-à-d. 45 jours], proroger ce délai ». Il faudrait donc nécessairement conclure de l’absence de ces mots au par. 50(5) de la *PIPA* que le législateur n’a pas voulu que le commissaire puisse proroger le délai imparti pour mener à terme l’enquête [TRADUCTION] « avant ou après » l’expiration des 90 jours prévus (mémoire, par. 76).

[66] Bien que le raisonnement se tienne, il est loin d’être concluant. Comme le souligne le juge Berger, de nombreuses dispositions albertaines ne permettent expressément la prorogation d’un délai qu’avant son expiration (par. 57, citant les lois suivantes : *Credit Union Act*, R.S.A. 2000, ch. C-32, art. 13; *Expropriation Act*, R.S.A. 2000, ch. E-13, art. 23; *Garage Keepers’ Lien Act*, R.S.A. 2000, ch. G-2, par. 6(3); *Insurance Act*, R.S.A. 2000, ch. I-3, art. 796; *Land Titles Act*, R.S.A. 2000, ch. L-4, art. 140; *Legal Profession Act*, R.S.A. 2000, ch. L-8, par. 80(3); et *Loan and Trust Corporations Act*, R.S.A. 2000, ch. L-20, art. 257). Je conviens avec

“when . . . the provision is silent as to when an extension of time can be granted, there is no presumption that silence means that the extension must be granted before expiry” (para. 58). I am therefore unable to conclude that the *expressio unius* principle renders the adjudicator’s interpretation unreasonable.

[67] The Commissioner developed his analysis by relying on established principles of statutory interpretation to resolve any potential ambiguity through a purposive interpretation of the provision. He explained:

To the extent that there is any ambiguity, by interpreting section 69(6) purposively as I will do below, the provision allows me to extend the time after the 90-day period expires.

In Ruth Sullivan, *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4th Edition, (Markham, Ontario: Butterworths Canada Ltd., 2002), the author quotes Duff C.J. in *McBratney v. McBratney* (1919), 59 S.C.R. 550. Duff, C.J. set out the principles that govern judicial reliance on purpose in interpretation, in order to resolve ambiguity. The first of these principles set out by Ruth Sullivan at page 219 is:

If the ordinary meaning of legislation is ambiguous, the interpretation that best accords with the purpose of the legislation should be adopted. [paras. 54-55]

[68] Referring to s. 2(b) *FOIPA*, the Commissioner affirmed that the purpose of *FOIPA* was “to provide a mechanism for controlling the collection, use and disclosure of personal information by public bodies”, which *FOIPA* achieves “by giving [the Commissioner] the power to review the collection, use and disclosure of personal information” (para. 57). In his view, the specific purpose of s. 69(6) *FOIPA* was “to ensure that such reviews are conducted in a timely way, and also that parties are kept aware of the timing of the process so they may participate and plan their affairs accordingly” (para. 57). The purpose of *FOIPA* is uncontroversial, as it is expressly articulated at s. 2(b). I consider the Commissioner’s view of the purpose of s. 69(6) *FOIPA* to be reasonable. It is similarly reasonable to determine that the purpose of s. 50(5) *PIPA* is to ensure timely completion of

le juge Berger que [TRADUCTION] « lorsque [. . .] le texte de loi ne précise pas la période pendant laquelle un délai peut être prorogé, nulle présomption ne veut que la prorogation doive intervenir avant l’expiration du délai » (par. 58). Je ne puis donc conclure que l’interprétation de la déléguée est déraisonnable au regard de la maxime *expressio unius*.

[67] L’analyse du commissaire s’appuie sur des principes d’interprétation législative reconnus et vise à dissiper toute ambiguïté éventuelle au moyen d’une démarche téléologique. Il explique :

[TRADUCTION] Dans la mesure où il y a ambiguïté, l’interprétation téléologique du par. 69(6) à laquelle je me livre ci-après m’autorise à proroger le délai après les 90 jours impartis.

Dans *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, Ruth Sullivan, 4^e éd. (Markham, Ontario : Butterworths Canada Ltd., 2002), l’auteure cite l’arrêt *McBratney c. McBratney* (1919), 59 R.C.S. 550, dans lequel le juge en chef Duff expose les principes suivants, pour résoudre une ambiguïté, il peut être tenu compte de l’objet d’une loi pour l’interpréter. Le premier de ces principes que cite l’auteur à la p. 219 est le suivant :

Si le sens ordinaire de la loi est ambigu, il convient d’opter pour l’interprétation qui correspond le mieux à l’objet de la loi. [par. 54-55]

[68] Renvoyant à son al. 2b), le commissaire affirme que la *FOIPA* a pour objet de [TRADUCTION] « contrôler la collecte, l’utilisation et la communication de renseignements personnels par un organisme public », et ce, « par l’octroi [au commissaire] du pouvoir d’enquêter sur la collecte, l’utilisation et la communication de renseignements personnels » (par. 57). Selon lui, le par. 69(6) de la *FOIPA* vise précisément « à faire en sorte que le processus soit mené à terme avec célérité et que les parties soient tenues informées de son déroulement afin qu’elles puissent y participer et prendre des arrangements en conséquence » (par. 57). L’objet de la *FOIPA* étant expressément énoncé à l’al. 2b), il ne prête pas à controverse. J’estime que l’opinion du commissaire quant à l’objet du par. 69(6) de la *FOIPA* est raisonnable. Il me paraît également raisonnable de conclure que le par. 50(5) de la *PIPA* vise à faire en

reviews and to keep the parties informed about the process.

[69] According to the Commissioner, “[i]n most cases that advance to inquiry . . . at the time the 90-day period expires, the inquiry process has been fully engaged and is progressing with the participation of the parties. Because they are involved, the parties are fully aware that the process will continue beyond 90 days” (para. 58). For this reason, the Commissioner did “not believe that the goal of a timely resolution of issues, and of keeping the parties informed, would be advanced by requiring [him] to formally communicate to the parties within 90 days something they already know: that the matter will not be completed within 90 days” (para. 58).

[70] The Commissioner then addressed the practical difficulty of satisfying the s. 69(6)(b) *FOIPA* requirement to provide an anticipated date of completion with the extension if the extension must necessarily be made within 90 days. He pointed out that s. 68 *FOIPA* empowers him to authorize a mediation upon receipt of a request for review. The mediation itself could take up some or all of the 90 days. If the mediation is unsuccessful or mediation is not authorized, the matter would move to inquiry. An inquiry must accord the parties procedural fairness, which can mean accommodating requests for adjournments, to adduce further evidence and to adjourn to review and make submissions on the new evidence. In short, the Commissioner explained that “the parties, as much as [he], have carriage of the matter” and that “[t]he time within which the matter will be completed is largely determined by their actions, schedules and the issues they raise” (para. 62). For this reason, it may not be feasible for the Commissioner to provide an anticipated date for completion within 90 days and the parties are well aware of how the matter is progressing in any event (paras. 59-62).

sorte que l’enquête soit menée à terme avec célérité et que les parties soient tenues au courant de l’évolution du processus.

[69] Selon le commissaire, [TRADUCTION] « [d]ans la plupart des cas qui atteignent l’étape de l’enquête [. . .], lorsque le délai de 90 jours expire, le processus est engagé et suit son cours avec la participation des parties. Parce qu’elles y participent, les parties savent parfaitement qu’il durera plus de 90 jours » (par. 58). C’est pourquoi le commissaire « ne croi[t] pas qu’exiger de [lui] qu’[il] communique officiellement avec les parties avant l’expiration du délai de 90 jours pour les informer de ce qu’elles savent déjà, à savoir que l’enquête ne sera pas menée à terme dans les 90 jours, favorise la réalisation de l’objectif qui consiste à faire preuve de célérité dans le règlement d’une affaire et à tenir les parties informées » (par. 58).

[70] Le commissaire fait ensuite état de la difficulté de respecter dans les faits l’exigence, prévue à l’al. 69(6)b de la *FOIPA*, d’informer les parties à la fois de la date prévue d’achèvement et de la prorogation du délai si la prorogation doit nécessairement avoir lieu avant l’expiration des 90 jours. Il signale que l’art. 68 de la *FOIPA* l’habilite à autoriser la médiation lorsqu’il reçoit une demande d’enquête. Or, pendant cette médiation, une bonne partie, voire la totalité, du délai de 90 jours peut s’écouler. Lorsque la médiation n’est pas autorisée ou qu’elle échoue, on passe alors à l’étape de l’enquête, laquelle est assujettie aux règles d’équité procédurale. Dès lors, il faut faire droit aux demandes d’ajournement pour présentation d’un complément de preuve ou examen d’un nouvel élément de preuve et formulation d’observations à son sujet. Bref, le commissaire explique que [TRADUCTION] « le déroulement de l’affaire dépend tout autant des parties que de [lui] » et que « [l]a durée du processus tient en grande partie à leurs actes, à leur emploi du temps et aux questions qu’elles soulèvent » (par. 62). Voilà pourquoi il peut ne pas être en mesure de communiquer la date prévue d’achèvement avant l’expiration du délai de 90 jours, sans compter que les parties sont de toute manière parfaitement au courant de l’évolution du dossier (par. 59-62).

[71] The Commissioner therefore concluded that

neither the purpose of the [FOIPA] in general nor section 69(6) in particular is advanced by interpreting the provision as creating an absolute “deadline”, beyond which a proceeding that is underway cannot continue unless I have, before the 90 days expires, expressly stated that the matter will continue beyond 90 days, and projected a new final date for completion. [para. 63]

[72] In my view, the Commissioner’s reasoning in support of his conclusion that extending the period for completion of an inquiry after the expiry of 90 days does not result in the automatic termination of the inquiry under s. 69(6) FOIPA satisfies the values of justification, transparency and intelligibility in administrative decision making. The decision is carefully reasoned, systematically addressing: (i) the text of the provision, (ii) the purposes of FOIPA in general and of s. 69(6), in particular, and (iii) the practical realities of conducting inquiries drawn from the Commissioner’s experience administering FOIPA. It was reasonable for the Commissioner’s delegated adjudicator, in *Order P2008-005*, to adopt this detailed reasoning and apply it to s. 50(5) PIPA. I therefore have no difficulty concluding that there exists a reasonable basis for the adjudicator’s implied decision in this case that extending the 90-day period after the expiry of that period did not terminate the process.

D. The Mandatory/Directory Distinction Does Not Arise in This Case

[73] The parties, the trial judge and the Court of Appeal all approached the timelines issue as though it engaged the distinction between mandatory and directory legislative provisions. R. W. Macaulay and J. L. H. Sprague succinctly explain the mandatory/directory distinction as follows:

Where a provision is imperative it must be complied with. The consequence of failing to comply with an imperative provision will vary depending on whether the imperative direction is mandatory or directory. Failing to comply with a mandatory direction will

[71] La commissaire conclut donc :

[TRADUCTION] ... il ne sert ni l’objet de la [FOIPA] en général ni l’objet de son par. 69(6) en particulier d’interpréter la disposition de manière qu’elle établisse une « date limite » ferme faisant obstacle à la poursuite d’une affaire en cours sauf si, avant l’expiration du délai de 90 jours, j’ai expressément déclaré que l’enquête durerait plus longtemps et arrêté une nouvelle date prévue d’achèvement. [par. 63]

[72] Je suis d’avis que le raisonnement à l’issue duquel le commissaire conclut que la prorogation du délai après les 90 jours impartis pour mener à terme l’enquête ne met pas automatiquement fin à celle-ci suivant le par. 69(6) de la FOIPA satisfait aux exigences de justification, de transparence et d’intelligibilité du processus décisionnel administratif. La décision est soigneusement motivée et aborde successivement (i) le texte de la disposition, (ii) l’objet de la FOIPA en général et du par. 69(6) en particulier et (iii) l’expérience du commissaire au chapitre de la tenue d’enquêtes et de l’application de la FOIPA. Dans l’ordonnance *P2008-005*, la déléguée du commissaire pouvait raisonnablement reprendre ces motifs détaillés et les appliquer au par. 50(5) de la PIPA. Il m’est donc aisé de conclure qu’il y a en l’espèce un fondement raisonnable à la décision implicite de la déléguée suivant laquelle la prorogation du délai passé les 90 jours impartis n’a pas mis fin au processus.

D. Absence d’application en l’espèce de la distinction entre une disposition impérative et une disposition directive

[73] Les parties, le juge en cabinet et la Cour d’appel supposent tous que la question de l’observation du délai fait intervenir la distinction entre les dispositions législatives impératives et celles qui sont directives. R. W. Macaulay et J. L. H. Sprague expliquent succinctement cette distinction :

[TRADUCTION] La disposition de nature obligatoire commande l’observation. Son non-respect a des conséquences différentes selon que la prescription est impérative ou directive. L’inobservation d’une prescription impérative emporte la nullité de toute mesure

render any subsequent proceedings void while failing to comply with [a] directory command will not result in such invalidation (although the person to whom the command was directed will not be relieved from the duty of complying with it

(*Practice and Procedure Before Administrative Tribunals* (loose-leaf), vol. 3, pp. 22-126 to 22-126.1)

[74] This Court has previously expressed doubt as to the usefulness of the mandatory/directory distinction. In *British Columbia (Attorney General) v. Canada (Attorney General)*, [1994] 2 S.C.R. 41, Iacobucci J. affirmed that

[t]he “mandatory” and “directory” labels themselves offer no magical assistance as one defines the nature of a statutory direction. Rather, the inquiry itself is blatantly result-oriented. . . . Thus, the manipulation of mandate and direction is, for the most part, the manipulation of an end and not a means. In this sense, to quote again from *Reference re Manitoba Language Rights*, [[1985] 1 S.C.R. 721], the principle is “vague and expedient” (p. 742). This means that the court which decides what is mandatory, and what is directory, brings no special tools to bear upon the decision. The decision is informed by the usual process of statutory interpretation. [p. 123]

[75] In any event, the mandatory/directory distinction does not arise in this case. This distinction is concerned with the consequences of *failing to comply* with a legislative direction. Here, we are not dealing with the consequences of the Commissioner’s failure to comply with s. 50(5) *PIPA*. Instead, we are concerned with interpreting the statute to determine when s. 50(5) *PIPA* requires the Commissioner to extend the period for completion of an inquiry. The issue was not “what is the consequence of non-compliance with the provision?”, but “did the adjudicator comply with the provision?”.

[76] Therefore, I do not agree with Marshall J. that the finding in *Kellogg Brown and Root Canada* that the requirements of s. 50(5) *PIPA* are mandatory is “entirely applicable here” (para. 12). Rather, I would adopt the adjudicator’s analysis in *Order P2008-005* in which she explains that *Kellogg*

subséquente, tandis que celle d’une prescription directive ne donne pas lieu à une telle invalidation (mais la personne visée par la prescription demeure tenue de s’y conformer

(*Practice and Procedure Before Administrative Tribunals* (feuilles mobiles), vol. 3, p. 22-126 à 22-126.1)

[74] Notre Cour a déjà mis en doute l’utilité de cette distinction. Dans *Colombie-Britannique (Procureur général) c. Canada (Procureur général)*, [1994] 2 R.C.S. 41, le juge Iacobucci affirme :

Les étiquettes « impérative » et « directive » ne sont elles-mêmes d’aucun secours magique pour définir la nature d’une fonction prévue par la loi. L’examen lui-même est plutôt incontestablement axé sur le résultat. [. . .] Ainsi, l’application de la distinction entre ce qui est impératif et ce qui est directif est, la plupart du temps, fondée sur une question de fin et non de moyens. En ce sens, pour citer de nouveau le *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [[1985] 1 R.C.S. 721], le principe est « vague » et « utilisé comme expédient » (p. 742). Cela signifie que le tribunal appelé à décider ce qui est impératif ou directif ne recourt à aucun outil spécial pour prendre sa décision. La décision repose sur le processus habituel d’interprétation législative. [p. 123]

[75] Quoi qu’il en soit, cette distinction ne joue pas en l’espèce, car elle s’intéresse aux conséquences du *non-respect* d’une prescription du législateur, alors que nous ne sommes pas aux prises en l’espèce avec les conséquences de l’omission du commissaire de se conformer au par. 50(5) de la *PIPA*. Il nous faut plutôt interpréter la loi pour déterminer à quel moment le délai peut être prorogé en application de ce paragraphe. La question n’est pas celle de savoir quelle est la conséquence du non-respect de la disposition, mais bien si la déléguée s’est conformée à la disposition.

[76] Je ne saurais donc convenir avec le juge Marshall que la conclusion, tirée dans *Kellogg Brown and Root Canada*, selon laquelle les exigences du par. 50(5) de la *PIPA* sont impératives est [TRADUCTION] « entièrement applicable en l’espèce » (par. 12). Je me range plutôt à l’avis de la

Brown and Root Canada has no application to a case such as this one where the Commissioner provides an extension after 90 days. The decision in that case was premised on the fact that *no time extension was ever issued* (at para. 27, citing para. 14 of *Kellogg Brown and Root Canada*). For that reason, the consequences of non-compliance with s. 50(5) *PIPA* arose in *Kellogg Brown and Root Canada*, but they do not arise here. As the matter is not before this Court, it is not necessary to comment on the conclusion in *Kellogg Brown and Root Canada* that s. 50(5) *PIPA* imposes a mandatory direction.

V. Conclusion

[77] I would allow the appeal with costs in this Court and in the Court of Appeal and reinstate the adjudicator's decision on the timelines issue. In accordance with the recommendation of the Commissioner, the matter is remitted to the chambers judge to consider the issues not previously dealt with and resolved in the judicial review.

The reasons of Binnie and Deschamps JJ. were delivered by

[78] BINNIE J. — My colleagues Rothstein J. and Cromwell J. have staked out compelling positions on both sides of the argument about the role, function and even the existence of “true questions of jurisdiction or *vires*”. While I agree with much that is said by both colleagues, I find myself occupying a middle ground which, given the importance of the issue, I believe is worth defending. I therefore append these brief reasons concurring in the result.

[79] I agree with Cromwell J. that the concept of jurisdiction is fundamental to judicial review of administrative tribunals and, more generally, to the rule of law. Administrative tribunals operate within a legal framework which is both dictated by s. 96 of the *Constitution Act, 1867*, and limited by their

déléguée dans l'ordonnance P2008-005, à savoir que *Kellogg Brown and Root Canada* ne s'applique pas lorsque, comme en l'espèce, le commissaire proroge le délai passé les 90 jours impartis. En effet, dans cette affaire, la décision tenait à ce qu'il n'y avait *jamais eu de prorogation* (par. 27, citant *Kellogg Brown and Root Canada*, par. 14). C'est pourquoi les conséquences découlant de l'inobservation du par. 50(5) de la *PIPA* jouent dans *Kellogg Brown and Root Canada*, mais pas en l'espèce. La question n'étant pas soulevée devant elle, notre Cour n'a pas à se prononcer sur la conclusion tirée dans *Kellogg Brown and Root Canada*, à savoir que le par. 50(5) constitue une prescription impérative.

V. Conclusion

[77] Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi avec dépens devant notre Cour et devant la Cour d'appel et de rétablir la décision de la déléguée concernant le délai. Conformément à la recommandation du commissaire, l'affaire est renvoyée au juge en cabinet pour qu'il statue sur les questions qui n'ont pas déjà été examinées et réglées lors du contrôle judiciaire.

Version française des motifs des juges Binnie et Deschamps rendus par

[78] LE JUGE BINNIE — Mes collègues les juges Rothstein et Cromwell font valoir des points de vue opposés, mais tous deux convaincants, sur le rôle, la fonction et l'existence même de la catégorie des « questions touchant véritablement à la compétence ». Je souscris en grande partie à ce qu'ils avancent, mais ma position est intermédiaire et, compte tenu de l'importance du sujet, il me paraît opportun d'exprimer mon opinion. Voici donc de brefs motifs concordants quant au résultat.

[79] Je conviens avec le juge Cromwell que la notion de compétence est fondamentale dans le contrôle judiciaire des décisions des tribunaux administratifs et, plus généralement, pour la primauté du droit. Les tribunaux administratifs exercent leurs fonctions dans le cadre juridique que

respective statutory mandates. The courts, not the tribunals, determine the outer limits of those mandates. Cromwell J. puts the point succinctly, at para. 98, when he writes that within the limits imposed by the Constitution,

[t]he fact that a provision is in the tribunal's own statute or statutes closely connected to its function with which it will have particular familiarity thus may well be an important indicator that the legislature intended to leave its interpretation to the tribunal. But there are legal questions in "home" statutes whose resolution the legislature did not intend to leave to the tribunal; indeed, it is hard to imagine where else the limits of a tribunal's delegated power are more likely to be set out.

[80] On the other hand, just because the notion of a "true question of jurisdiction or *vires*" works well at the conceptual level does not mean that it is helpful at the practical everyday level of deciding whether or not the courts are entitled to intervene in a particular administrative decision. On this point, Cromwell J. adopts, at para. 95, the deeply problematic statement by the *Dunsmuir* majority that jurisdiction should be understood in the "narrow sense of whether or not the tribunal had the authority to . . . decide a particular matter" (*Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, at para. 59). As Professor D. Mullan pointed out in "*Dunsmuir v. New Brunswick*, Standard of Review and Procedural Fairness for Public Servants: Let's Try Again!" (2008), 21 *C.J.A.L.P.* 117, at pp. 126-30, this formulation was not narrow but so broad as to risk bringing back from the dead the preliminary question jurisprudence from which Cromwell J. endeavours to dissociate himself, which reached its unfortunate zenith in *Metropolitan Life Insurance Co. v. International Union of Operating Engineers, Local 796*, [1970] S.C.R. 425, and *Bell v. Ontario Human Rights Commission*, [1971] S.C.R. 756.

[81] In response to this controversy about *vires* and jurisdiction, Rothstein J. lays down the sweeping

dicte l'art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867* et que délimitent leurs mandats légaux respectifs. Ce sont les cours de justice, et non les tribunaux administratifs, qui déterminent la portée de ces mandats. Le juge Cromwell le dit succinctement lorsqu'il écrit au par. 98 de ses motifs que dans les limites établies par la Constitution,

[l]a présence d'une disposition dans la loi constitutive du tribunal administratif ou une loi étroitement liée à son mandat et dont il a une connaissance approfondie peut fort bien constituer un indice important de l'intention du législateur de laisser au tribunal administratif le soin de l'interpréter. Or, une loi constitutive renferme des dispositions qui soulèvent des questions de droit sur lesquelles le législateur n'a pas voulu que le tribunal administratif ait le dernier mot. Il est en effet difficile d'imaginer à quel autre endroit les limites du pouvoir délégué au tribunal administratif pourraient être prévues.

[80] Par contre, ce n'est pas parce que la notion de « question touchant véritablement à la compétence » se manie bien conceptuellement qu'elle se révèle utile au quotidien pour déterminer concrètement si une cour de justice est admise ou non à s'immiscer dans une décision administrative donnée. Au paragraphe 95 de ses motifs, le juge Cromwell reprend sur ce point l'affirmation foncièrement problématique des juges majoritaires dans *Dunsmuir* selon laquelle la compétence s'entend au « sens strict de la faculté du tribunal administratif de [. . .] trancher une question » (*Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, par. 59). Comme le signale le professeur D. Mullan dans « *Dunsmuir v. New Brunswick*, Standard of Review and Procedural Fairness for Public Servants : Let's Try Again! » (2008), 21 *C.J.A.L.P.* 117, p. 126-130, cette formulation n'est pas stricte, mais si générale qu'elle risque de redonner vie à la doctrine de la condition préalable — dont le juge Cromwell s'efforce de se dissocier — qui a connu son regrettable apogée dans *Metropolitan Life Insurance Co. c. International Union of Operating Engineers, Local 796*, [1970] R.C.S. 425, et *Bell c. Ontario Human Rights Commission*, [1971] R.C.S. 756.

[81] Au vu de cette controverse suscitée par la notion de compétence, le juge Rothstein affirme

proposition that “it is sufficient in these reasons to say that, unless the situation is exceptional, and we have not seen such a situation since *Dunsmuir*, the interpretation by the tribunal of ‘its own statute or statutes closely connected to its function, with which it will have particular familiarity’ should be presumed to be a question of statutory interpretation subject to deference on judicial review” (para. 34). Cromwell J. says, disapprovingly, that in the absence of further guidance, such a presumption is unlikely to be of “any assistance to reviewing courts” (para. 92). His solution, on the other hand, would be to return us to a “more thorough examination of legislative intent when a plausible argument is advanced that a tribunal must interpret a particular provision correctly” (para. 99). This “thorough examination” is to be based on a variation of the pragmatic and functional test associated with *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982, as repositioned in *Dunsmuir*. I do not think, with respect, that generalities about “legislative intent” are any more likely to provide quick and straightforward “assistance to reviewing courts” than Rothstein J.’s offer of a presumption.

[82] It may be recalled that the willingness of the courts to defer to administrative tribunals on questions of the interpretation of their “home statutes” originated in the context of elaborate statutory schemes such as labour relations legislation. In such cases, the tribunal members were not only better versed in the practicalities of how the scheme could and did operate, but in many cases, the legislature tried to curb the enthusiasm of the courts to intervene by inserting explicit privative clauses. Over the years, acceptance of judicial deference grew even on questions of law (see, e.g., *Pezim v. British Columbia (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 S.C.R. 557), but never to the point of presuming, as Rothstein J. does, that whenever the tribunal is interpreting its “home statute” or statutes, it is entitled to deference. It is not enough, it seems to me, to say that the tribunal has selected one from a number of interpretations of a particular provision that the provisions can reasonably bear,

catégoriquement qu’« [il suffit en l’espèce] d’affirmer que, sauf situation exceptionnelle — et aucune ne s’est présentée depuis *Dunsmuir* —, il convient de présumer que l’interprétation par un tribunal administratif de “sa propre loi constitutive ou [d’]une loi étroitement liée à son mandat et dont il a une connaissance approfondie” est une question d’interprétation législative commandant la déférence en cas de contrôle judiciaire » (par. 34). Exprimant son désaccord, le juge Cromwell fait valoir qu’« à défaut d’autres repères, cette présomption « n’aide en rien les cours siégeant en révision » (par. 92). Il propose cependant de revenir à « un examen approfondi de l’intention du législateur lorsqu’une partie avance la thèse plausible que le tribunal administratif doit interpréter correctement une disposition en particulier » (par. 99). Cet « examen approfondi » doit être fondé sur une variante de l’analyse pragmatique et fonctionnelle associée à l’arrêt *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982, et reformulée dans *Dunsmuir*. Soit dit en tout respect, je ne crois pas que l’expression de généralités au sujet de l’« intention du législateur » « n’aide [davantage, de manière rapide et simple] les cours siégeant en révision » que la présomption préconisée par le juge Rothstein.

[82] Il convient de rappeler que la volonté des cours de justice de déférer aux décisions des tribunaux administratifs portant sur l’interprétation de leurs lois constitutives a vu le jour dans le contexte de régimes législatifs élaborés, telle la législation du travail. Non seulement les membres de ces tribunaux étaient alors plus familiarisés que les cours de justice avec l’application possible et concrète du régime, mais dans bien des cas, le législateur avait tenté de freiner l’ardeur interventionniste de ces dernières en prévoyant des clauses d’inattaquabilité (appelées traditionnellement « *clauses privatives* ») explicites. Au fil des ans, la reconnaissance de la déférence judiciaire s’est accrue, même sur des points de droit (voir, p. ex., *Pezim c. Colombie-Britannique (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 R.C.S. 557), mais jamais au point de présumer, comme le fait le juge Rothstein, que du moment que le tribunal administratif interprète sa ou ses lois constitutives, il a droit à la déférence, c’est-à-dire

no matter how fundamentally the tribunal's legal opinion affects the rights of the parties who appear before it. On issues of procedural fairness or natural justice, for example, the courts should not defer to a tribunal's view of the extent to which its "home statute" permits it to proceed in what the courts conclude is an unfair manner.

[83] The middle ground between Cromwell J. and Rothstein J., it seems to me, lies in the more nuanced approach recently adopted by the Court in *Canada (Canadian Human Rights Commission) v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 53, [2011] 3 S.C.R. 471 ("CHRC"), where it was said that "if the issue relates to the interpretation and application of its own statute, is within its expertise and does not raise issues of general legal importance, the standard of reasonableness will generally apply and the Tribunal will be entitled to deference" (para. 24 (emphasis added)). Rothstein J. puts aside the limiting qualifications in this passage when he comes to formulating his presumption, which is triggered entirely by the location of the controversy in the "home statute".

[84] *CHRC* is also helpful in emphasizing the expression "issues of general legal importance" and downplaying (while citing) the *Dunsmuir* majority's more extravagant requirement of a question of law "of central importance to the legal system as a whole" (para. 60). While judicial self-citation is generally to be avoided, I feel encouraged by *CHRC* to resuscitate what I said on this point in my concurring reasons in *Dunsmuir*:

It is, with respect, a distraction to unleash a debate in the reviewing judge's courtroom about whether or not a particular question of law is "of central importance to the legal system as a whole". It should be sufficient to frame a rule exempting from the correctness standard the provisions of the home statute and closely related statutes which require the expertise of the administrative decision maker (as in the labour board example). Apart from that exception, we should prefer clarity to needless complexity and hold that the last word on questions of general law should be left to judges. [para. 128]

qu'il lui suffit de retenir l'une des interprétations raisonnables possibles de la disposition en cause, peu importe l'incidence fondamentale de son choix sur les parties. En ce qui concerne l'équité procédurale et la justice naturelle, par exemple, une juridiction de révision ne devrait pas déférer à l'avis d'un tribunal administratif quant à la mesure dans laquelle sa loi constitutive lui permet d'agir d'une manière que les cours de justice tiennent pour inéquitable.

[83] La démarche nuancée de notre Cour dans le récent arrêt *Canada (Commission des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 53, [2011] 3 R.C.S. 471 (« *CCDP* »), où elle dit que « lorsqu'il s'agit d'interpréter et d'appliquer sa propre loi, dans son domaine d'expertise et sans que soit soulevée une question de droit générale, la norme de la décision raisonnable s'applique habituellement, et le Tribunal a droit à la déférence » (par. 24 (je souligne)), me paraît constituer un compromis entre les points de vue exprimés par les juges Cromwell et Rothstein. Le juge Rothstein fait abstraction des conditions qui figurent dans cet extrait lorsqu'il formule sa présomption, dont l'application dépend entièrement de l'emplacement de la disposition litigieuse dans la loi constitutive.

[84] L'arrêt *CCDP* se révèle également utile en ce qu'il met l'accent sur la notion de « question de droit générale » et minimise (même s'il la mentionne) celle, plus extravagante, de question de droit d'« une importance capitale pour le système juridique dans son ensemble » retenue par les juges majoritaires dans *Dunsmuir* (par. 60). Il convient certes d'éviter de se citer soi-même, mais *CCDP* m'incite à rappeler ce que je dis sur le sujet dans mes motifs concordants dans *Dunsmuir* :

Sauf le respect que je leur dois, tout débat quant à savoir si une question de droit donnée est « d'une importance capitale pour le système juridique dans son ensemble » distrairait la cour dans l'accomplissement de sa tâche. Il devrait suffire de soustraire à l'application de la norme de la décision correcte l'interprétation de la loi constitutive du décideur administratif ou de quelque loi très connexe faisant appel à l'expertise de ce dernier (en matière de relations de travail, par exemple). Cette exception mise à part, nous devrions préférer la clarté à la complexité superflue et statuer que la cour de révision a le dernier mot sur une question de droit générale. [par. 128]

I would interpret the reference in *CHRC* to “issues of general legal importance” as being to issues whose resolution has significance outside the operation of the statutory scheme under consideration. After all, some administrative decision makers have considerable legal expertise and resources. Others have little or none.

[85] What then is involved in a “reasonableness” review of a tribunal’s interpretation of its home statute? The *Dunsmuir* majority said that “[t]ribunals have a margin of appreciation within the range of acceptable and rational solutions” (para. 47). It is clear that “the range of acceptable and rational solutions” is context specific and varies with the circumstances including the nature of the issue under review. In *CHRC*, the reviewing court was called on to judicially review a tribunal’s decision that its home statute gave it the statutory power to award costs. On appeal, the Court applied a “reasonableness” standard (referring at several points to the issue being within the “core function and expertise of the Tribunal”, e.g., at para. 25). The reasonableness analysis nevertheless followed the well-worn path of Driedger’s golden rule and *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27 (E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983)). In other words, the intensity of scrutiny was not far removed from a correctness analysis, in my respectful opinion, just as was the case in *Dunsmuir* itself.

[86] In matters of general policy or broad discretion, on the other hand, the courts also apply “reasonableness” but with a much less aggressive attitude. In *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339, for example, the question was pure policy, namely whether Mr. Khosa had shown “sufficient humanitarian and compassionate considerations” to warrant, in the opinion of the immigration appeal board, discretionary relief from a removal order whose validity Mr. Khosa did not contest.

À mon avis, une « question de droit générale » au sens de *CCDP* s’entend d’une question dont le règlement n’importe pas seulement pour le régime législatif considéré. Après tout, certains décideurs administratifs sont dotés d’une expertise et de ressources juridiques considérables. D’autres en ont peu ou n’en ont pas.

[85] En quoi consiste alors le contrôle selon la norme de la « raisonabilité » de l’interprétation de sa loi constitutive par le tribunal administratif? Dans *Dunsmuir*, les juges majoritaires disent qu’« [i]l est loisible au tribunal administratif d’opter pour l’une ou l’autre des différentes solutions rationnelles acceptables » (par. 47). Les « différentes solutions rationnelles acceptables » dépendent évidemment du contexte et varient en fonction des circonstances, dont la nature de la question visée par le contrôle. Dans *CCDP*, la juridiction de révision était appelée à contrôler la décision d’un tribunal administratif selon laquelle sa loi constitutive l’autorisait à adjuger des dépens. En appel, la Cour a appliqué la norme de la décision « raisonnable » (mentionnant à quelques reprises que la question relevait « essentiellement du mandat et de l’expertise du Tribunal », notamment au par. 25). Dans son analyse du caractère raisonnable, la Cour reprend néanmoins la démarche usitée fondée sur la règle d’or de Driedger et l’arrêt *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27 (E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2^e éd. 1983)). En d’autres mots, dans *CCDP*, le degré d’intensité de l’examen est, à mon humble avis, assez proche de celui propre à la norme de la décision correcte. C’est aussi le cas dans *Dunsmuir* d’ailleurs.

[86] Par contre, en matière de politique générale ou de pouvoir discrétionnaire étendu, les juridictions de révision appliquent aussi la norme de la décision « raisonnable », mais de manière beaucoup moins stricte. Dans *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339, par exemple, la question relevait strictement de la politique, à savoir si M. Khosa avait fait la preuve de « motifs d’ordre humanitaire justifiant », de l’avis de la Commission d’appel de l’immigration, la mesure discrétionnaire consistant à lever la mesure de renvoi dont il ne contestait pas la validité.

[87] In this case, the reasons of both Rothstein J. and Cromwell J. show a much more intense level of scrutiny of the issue before the Information and Privacy Commissioner than was the case in *Khosa*, and for good reason. “Reasonableness” is a deceptively simple omnibus term which gives reviewing judges a broad discretion to choose from a variety of levels of scrutiny from the relatively intense to the not so intense (or, as the *Dunsmuir* majority put it, assessing the “degree of deference” (para. 62)). Predictability is important to litigants and those who try to advise them on whether or not to initiate proceedings. It remains to be seen in future cases how the discretion of reviewing judges will be supervised at the appellate level to achieve such predictability. The *Dunsmuir* majority noted that “reasonableness is concerned mostly with the existence of justification, transparency and intelligibility within the [administrative] decision-making process” (para. 47). Such values are no less important in the process of judicial review.

[88] All of this is challenging enough for the reviewing judge without superadding to the debate at the working level Cromwell J.’s search for the elusive “true” question of *vires* or jurisdiction. Accordingly, I support Rothstein J.’s effort to euthanize the issue (apart from legislative provisions which guarantee its survival, as in s. 18.1(4)(a) of the *Federal Courts Act*, R.S.C. 1985, c. F-7). I would nevertheless respectfully part company with Rothstein J. in his effort to dilute the significance of expertise and general legal importance as conditions precedent to any deference to an administrative tribunal on matters of law, including the interpretation of its “home statute”.

[89] The creation of a “presumption” based on insufficient criteria simply adds a further step to what should be a straightforward analysis. If the

[87] Dans la présente affaire, les motifs du juge Rothstein comme ceux du juge Cromwell appellent un examen de la décision du commissaire à l’information et à la protection de la vie privée beaucoup plus strict que dans *Khosa*. Il y a une bonne raison à cela. La « raisonabilité » est une notion générale d’apparence trompeusement simple qui confère à la juridiction de révision le pouvoir discrétionnaire de choisir entre divers degrés d’examen, allant de celui relativement intense à celui qui l’est moins (ou, pour reprendre les mots employés par les juges majoritaires dans *Dunsmuir*, déterminer le « degré de déférence » (par. 62)). La prévisibilité est importante pour les justiciables et ceux qui tentent de les conseiller quant à savoir s’il vaut la peine ou non de saisir les tribunaux. Reste à voir comment, dans les affaires ultérieures, les juridictions d’appel se prononceront sur l’exercice de ce pouvoir discrétionnaire par les juridictions de révision pour assurer une telle prévisibilité. Dans *Dunsmuir*, les juges majoritaires font observer que le « caractère raisonnable tient principalement à la justification de la décision, à la transparence et à l’intelligibilité du processus décisionnel [administratif] » (par. 47). Ces considérations n’importent pas moins dans le contexte du contrôle judiciaire.

[88] Les juges saisis de demandes de contrôle judiciaire ont déjà suffisamment à faire sans qu’on leur demande en plus d’entreprendre la recherche du juge Cromwell visant l’insaisissable question touchant « véritablement » à la compétence. Par conséquent, je me range à l’avis du juge Rothstein quant à la nécessité d’en finir avec cette catégorie de questions (sauf lorsque des dispositions législatives assurent sa survie, comme l’al. 18.1(4)a) de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. 1985, ch. F-7). Mais, en toute déférence, je suis en désaccord avec la volonté du juge Rothstein de diminuer l’importance de l’expertise et de la question de droit générale comme conditions préalables à la manifestation de déférence envers la décision d’un tribunal administratif sur une question de droit, y compris l’interprétation de sa loi constitutive.

[89] La création d’une « présomption » fondée sur des critères insuffisants ne fait qu’ajouter une étape à une analyse qui devrait être simple. Si la

issue before the reviewing court relates to the interpretation and application of a tribunal's "home statute" and related statutes that are also within the core function and expertise of the decision maker, and the issue does not raise matters of legal importance beyond administrative aspects of the statutory scheme under review, the Court should afford a measure of deference under the standard of reasonableness. Otherwise, in my respectful opinion, the last word on questions of law should be left with the courts.

The following are the reasons delivered by

CROMWELL J. —

I. Introduction

[90] I agree with the disposition of this appeal proposed by my colleague Rothstein J. and, for the most part, with his lucid and persuasive reasons. I respectfully do not agree, however, with some of my colleague's views set out, either expressly or by implication, in paras. 33-46.

[91] My colleague suggests that true questions of jurisdiction or *vires* arise so rarely when a tribunal is interpreting its home statute that it may be asked whether "the category of true questions of jurisdiction exists" and further that "the interpretation by the tribunal of 'its own statute or statutes closely connected to its function, with which it will have particular familiarity' should be presumed to be a question of statutory interpretation subject to deference on judicial review" (para. 34). There is no indication of how, if at all, this *presumption* could be rebutted. I have two difficulties with this position.

[92] The first difficulty concerns elevating to a virtually irrefutable presumption the general guideline that a tribunal's interpretation of its "home" statute will not often raise a jurisdictional question.

décision visée par le contrôle judiciaire a trait à l'interprétation et à l'application de la loi constitutive du tribunal administratif ou d'une loi connexe qui relève elle aussi essentiellement du mandat et de l'expertise du décideur, et qu'elle ne soulève pas de questions de droit générales, au-delà des aspects administratifs du régime législatif en cause, la juridiction de révision devrait se montrer déférente en appliquant la norme de la décision raisonnable. Sinon, à mon humble avis, il appartient à la juridiction de révision de statuer en dernier ressort sur les questions de droit.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE CROMWELL —

I. Introduction

[90] Je suis d'accord sur la manière dont mon collègue le juge Rothstein statue dans le présent pourvoi et je souscris pour l'essentiel à ses motifs limpides et convaincants. Mais en toute déférence, je demeure en désaccord sur certains volets de son opinion exprimés expressément ou tacitement aux par. 33-46.

[91] Mon collègue laisse entendre qu'il arrive si rarement qu'un tribunal administratif appelé à interpréter sa loi constitutive soit saisi d'une question touchant véritablement à la compétence qu'il est permis de se demander si « la catégorie des véritables questions de compétence existe », et il ajoute qu'« il convient de présumer que l'interprétation par un tribunal administratif de "sa propre loi constitutive ou [d']une loi étroitement liée à son mandat et dont il a une connaissance approfondie" est une question d'interprétation législative commandant la déférence en cas de contrôle judiciaire » (par. 34). Nulle précision n'est donnée quant à la manière dont cette *présomption* peut être réfutée, si toutefois elle peut l'être. Je vois là deux difficultés.

[92] La première tient à ce qu'on élève au rang de présomption pour ainsi dire irrefutable l'énoncé général voulant que l'interprétation par un tribunal administratif de sa loi constitutive soulève rarement

This goes well beyond saying that “[d]eference will usually result” with respect to such questions (as in *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, at para. 54) or that “courts should usually defer when the tribunal is interpreting its own statute and will only exceptionally apply a correctness standard when interpretation of that statute raises a broad question of the tribunal’s authority” (as in *Nolan v. Kerry (Canada) Inc.*, 2009 SCC 39, [2009] 2 S.C.R. 678, at para. 34). In my view this is no “natural extension” of the approach set out by the majority of the Court in *Dunsmuir*, as is made plain by the fact that my colleague does not cite a word from the majority judgment which supports his position. Creating a presumption without providing guidance on how one could tell whether it has been rebutted does not, in my respectful view, provide any assistance to reviewing courts. The second difficulty concerns the suggestion that jurisdictional questions may not in fact exist at all. Respectfully, these propositions undermine the foundation of judicial review of administrative action.

[93] *Dunsmuir* was clear that at the heart of judicial review of administrative action is a balance between legality and legislative supremacy. On one hand, the principle of legality requires the courts to ensure that administrative tribunals and agencies exercise their delegated powers lawfully. This includes the requirement that “[a]dministrative bodies . . . be correct in their determinations of true questions of jurisdiction or *vires*”: *Dunsmuir*, at para. 59. In other words, there are some questions with respect to which the courts are obliged to substitute their understanding of the correct answer for the tribunal’s understanding of the correct answer. On the other hand, the principle of legislative supremacy means that, in carrying out their functions, courts must be respectful of legislative intent that these bodies should be largely undisturbed by the courts in exercising those powers (para. 27). While courts have the constitutional responsibility “to review administrative action and ensure that

une question de compétence. C’est aller beaucoup plus loin que ne le fait notre Cour lorsqu’elle affirme (dans *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, par. 54) que « la déférence est habituellement de mise » à cet égard ou (dans *Nolan c. Kerry (Canada) Inc.*, 2009 CSC 39, [2009] 2 R.C.S. 678, par. 34) que « la déférence est habituellement de mise lorsque le tribunal administratif interprète sa propre loi constitutive et [qu’]il convient d’appliquer la norme de la décision correcte uniquement dans des cas exceptionnels, c’est-à-dire lorsque l’interprétation de cette loi soulève la question générale de la compétence du tribunal ». À mon sens, le point de vue de mon collègue ne « découle [pas] naturellement » de l’analyse des juges majoritaires dans *Dunsmuir* et, d’ailleurs, le juge Rothstein ne cite aucun extrait des motifs majoritaires dans cet arrêt à l’appui de son opinion. Soit dit en tout respect, la création d’une présomption sans précision de la manière dont on peut déterminer si elle est réfutée ou non n’aide en rien les cours siégeant en révision. En deuxième lieu, je ne peux convenir que les questions de compétence pourraient en fait ne pas exister du tout. Avec tout le respect que je dois à mon collègue, ces propositions minent l’assise du contrôle judiciaire des actes de l’Administration.

[93] Il ressort de l’arrêt *Dunsmuir* que l’équilibre entre la légalité et la suprématie législative est au cœur du contrôle judiciaire des actes de l’Administration. D’une part, le principe de légalité exige de la cour de justice qu’elle s’assure que le tribunal ou l’organisme administratif a exercé son pouvoir délégué conformément à la loi, notamment que l’« organisme administratif [a] statu[é] correctement sur une question touchant véritablement à la compétence » (*Dunsmuir*, par. 59). Autrement dit, la cour de justice est tenue, à l’égard de certaines questions, de substituer son opinion à celle du tribunal administratif quant à savoir ce qui constitue la réponse correcte. D’autre part, le principe de suprématie législative veut qu’en s’acquittant de ses fonctions, la cour de justice respecte la volonté du législateur en s’abstenant le plus souvent de s’immiscer alors dans le fonctionnement d’un tel organisme (par. 27). Une cour de justice a l’obligation constitutionnelle « de contrôler les

it does not exceed its jurisdiction”, they also must give effect to legislative supremacy by determining the applicable standard of judicial review by “establishing legislative intent” (paras. 29-31).

[94] I agree that the use of the terms “jurisdiction” and “*vires*” have often proved unhelpful to the standard of review analysis. This, however, should not distract us from the fundamental principles: as a matter of either constitutional law or legislative intent, a tribunal must be correct on certain issues in the sense that the courts and not the tribunal have the last word on what is “correct”. These core principles of judicial review of administrative action were laid down by the Court as recently as the 2008 decision in *Dunsmuir*. I therefore can neither agree with my colleague that the fact that a legislative provision is in a “home statute” has become a virtually unchallengeable proxy for legislative intent nor join him in speculating about whether jurisdictional review even exists. The standard of review analysis not only identifies the limits of the legality of the tribunal’s actions, but also defines the limits of the role of the reviewing court. The reviewing court cannot consider the “substantive merits” of a judicial review application or statutory appeal unless it identifies and applies the appropriate standard of review. That is what defines those “substantive merits”.

II. Legislative Intent

[95] I begin with the significance of the terms “jurisdiction” and “*vires*”. I remain of the view that true questions of jurisdiction or *vires* exist. As I will explain later in these reasons, the jurisprudence affirms that they do. However, for the purposes of the standard of review analysis, I attach little weight to these terms. They add little to the analysis, and can cause problems. Undue emphasis on the concepts they embody bedevilled administrative law with preliminary jurisdictional questions that allowed for undue interference with

actes de l’Administration et de s’assurer que celle-ci n’outrepasse pas les limites de sa compétence », mais elle doit aussi tenir compte de la suprématie législative en déterminant la norme de contrôle applicable « en fonction de l’intention du législateur » (par. 29-31).

[94] Je conviens que l’emploi du mot « compétence » s’est souvent révélé inutile dans l’analyse relative à la norme de contrôle. Il ne faut cependant pas perdre de vue les principes fondamentaux : suivant le droit constitutionnel ou l’intention du législateur, la décision du tribunal administratif sur certaines questions doit être correcte, et ce sont les cours de justice qui décident en dernier ressort quelle est la décision « correcte ». Ces principes fondamentaux régissant le contrôle judiciaire des actes de l’Administration ont été énoncés dans l’arrêt *Dunsmuir* rendu par notre Cour tout juste en 2008. Je ne peux donc ni convenir avec mon collègue que la présence d’une disposition dans une loi constitutive est devenue l’expression presque incontestable de l’intention du législateur, ni m’interroger comme lui sur l’existence même du contrôle sur une question de compétence. L’analyse relative à la norme de contrôle non seulement délimite la légalité des actes du tribunal administratif, mais circonscrit la fonction de la cour de justice siégeant en révision. Cette dernière ne peut examiner les « prétentions sur le fond » qui forment l’assise d’une demande de contrôle judiciaire ou d’un appel prévu par la loi que si elle détermine et applique la bonne norme de contrôle. C’est ce qui définit ces « prétentions sur le fond ».

II. L’intention du législateur

[95] Considérons d’abord l’utilité du mot « compétence ». Je demeure d’avis que les questions touchant véritablement à la compétence existent. Comme je l’explique ci-après, la jurisprudence confirme leur existence. Cependant, pour les besoins de l’analyse relative à la norme de contrôle, j’accorde peu d’importance à ce terme. Il n’ajoute rien à l’analyse et peut être source de problèmes. L’accent mis à tort sur la notion qui le sous-tend a embrouillé le droit administratif par le recours à des conditions préalables liées à la compétence

administrative decisions. This Court's jurisprudence has long eschewed an expansive approach to "jurisdiction" that animated early cases such as *Metropolitan Life Insurance Co. v. International Union of Operating Engineers, Local 796*, [1970] S.C.R. 425, and *Bell v. Ontario Human Rights Commission*, [1971] S.C.R. 756. As was wisely said in *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.*, [1979] 2 S.C.R. 227, at p. 233, courts "should not be alert to brand as jurisdictional . . . that which may be doubtfully so". In *Dunsmuir*, the Court repeated this sentiment and noted that such questions will be "narrow" and that jurisdiction should be understood in the "narrow sense of whether or not the tribunal had the authority to make the inquiry . . . whether its statutory grant of power gives it the authority to decide a particular matter" (para. 59).

[96] The touchstone of judicial review is legislative intent: *Dunsmuir*, at para. 30. (I put aside situations in which there is clear legislative intent to prevent judicial review of jurisdiction as such preclusion is not permitted as a matter of constitutional law: see, e.g., *Crevier v. Attorney General of Quebec*, [1981] 2 S.C.R. 220.) This focus means that whether a question falls into the category of "jurisdictional" is largely beside the point. What matters is whether the legislature intended that a particular question be left to the tribunal or to the courts.

[97] Where the existing jurisprudence has not already determined in a satisfactory manner the degree of deference to be accorded to an administrative decision maker operating in a particular statutory scheme, the courts are to apply a number of relevant factors to the case at hand, factors which include the presence or absence of a privative clause, the purpose of the tribunal as determined by interpretation of its enabling legislation, the nature of the question at issue and the expertise of

qui autorisaient une immixtion indue dans les décisions administratives. La jurisprudence de notre Cour écarte depuis longtemps l'interprétation large de la « compétence » qui caractérise d'anciennes décisions, telles *Metropolitan Life Insurance Co. v. International Union of Operating Engineers, Local 796*, [1970] R.C.S. 425, et *Bell c. Ontario Human Rights Commission*, [1971] R.C.S. 756. Comme le dit judicieusement notre Cour dans l'arrêt *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227, il va de soi que les tribunaux « devraient éviter de qualifier trop rapidement un point de question de compétence [. . .] lorsqu'il existe un doute à cet égard » (p. 233). Dans *Dunsmuir*, notre Cour le rappelle, faisant observer que l'examen d'une telle question a une « portée étroite » et que la compétence doit s'entendre « au sens strict de la faculté du tribunal administratif de connaître de la question [de savoir] si les pouvoirs dont le législateur l'a investi l'autorisent à trancher une question » (par. 59).

[96] La pierre d'assise du contrôle judiciaire réside dans l'intention du législateur : *Dunsmuir*, par. 30. (Je fais abstraction du cas où le législateur a manifestement voulu empêcher le contrôle judiciaire d'une décision portant sur la compétence alors que le droit constitutionnel le lui interdit : voir, p. ex., *Crevier c. Procureur général du Québec*, [1981] 2 R.C.S. 220.) Vu l'importance de cet élément, la question de savoir si une question appartient ou non à la catégorie des « questions de compétence » n'a que peu de pertinence. Ce qui compte c'est de savoir si le législateur a voulu laisser au tribunal administratif ou aux cours de justice le soin de trancher une question précise.

[97] Lorsque la jurisprudence existante ne détermine pas déjà de façon satisfaisante le degré de déférence qui s'impose à l'endroit d'une mesure prise par un décideur administratif dans le cadre d'un régime législatif donné, la cour de justice applique un certain nombre de considérations à l'affaire dont elle est saisie, y compris l'existence ou l'inexistence d'une disposition d'inattaquabilité (traditionnellement appelée « clause privative »), la raison d'être du tribunal administratif

the tribunal. These are the concrete criteria, clearly established by the Court's jurisprudence, which are used to identify questions that are reviewable for correctness because the legislature intended the courts to have the last word on what constitutes a "correct" answer. These questions may be called "jurisdictional": see *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982, at para. 28. However, labelling them as such does nothing to assist the analysis. I therefore agree with Rothstein J. to the extent that he considers that, as analytical tools, the labels of "jurisdiction" and "*vires*" need play no part in the courts' everyday work of reviewing administrative action.

[98] As the Court noted in *Dunsmuir*, "[d]eference will usually result where a tribunal is interpreting its own statute or statutes closely connected to its function, with which it will have particular familiarity" (para. 54 (citations omitted)). The fact that a provision is in the tribunal's own statute or statutes closely connected to its function with which it will have particular familiarity thus may well be an important indicator that the legislature intended to leave its interpretation to the tribunal. But there are legal questions in "home" statutes whose resolution the legislature did not intend to leave to the tribunal; indeed, it is hard to imagine where else the limits of a tribunal's delegated power are more likely to be set out. The majority of the Court in *Dunsmuir* (at para. 59) identified an example of such a question by referring to *United Taxi Drivers' Fellowship of Southern Alberta v. Calgary (City)*, 2004 SCC 19, [2004] 1 S.C.R. 485. Writing for the Court, Rothstein J. identified another in *Northrop Grumman Overseas Services Corp. v. Canada (Attorney General)*, 2009 SCC 50, [2009] 3 S.C.R. 309, at para. 10, stating that "[t]he issue on this appeal is jurisdictional in that it goes to whether the [Canadian International Trade Tribunal] can hear a complaint initiated by a non-Canadian supplier". In reaching this conclusion, the Court noted that this standard of review had been determined *in a satisfactory manner* by the

suyant l'interprétation de sa loi constitutive, la nature de la question en cause et l'expertise du tribunal. Ce sont là les éléments concrets, clairement issus de la jurisprudence de notre Cour, qui permettent de déterminer qu'une décision est susceptible de contrôle selon la norme de la décision correcte du fait que le législateur a voulu que les cours de justice décident en dernier ressort quelle est la décision « correcte ». On peut dire d'une telle décision qu'elle porte sur une « question de compétence » : voir *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982, par. 28. Or, cette qualification ne facilite en rien l'analyse. Je conviens donc avec le juge Rothstein que, sur le plan analytique, l'appellation « question de compétence » n'a aucun rôle à jouer au quotidien dans le contrôle judiciaire de l'action administrative.

[98] La Cour signale dans *Dunsmuir* que « [l]orsqu'un tribunal administratif interprète sa propre loi constitutive ou une loi étroitement liée à son mandat et dont il a une connaissance approfondie, la déférence est habituellement de mise » (par. 54 (références omises)). La présence d'une disposition dans la loi constitutive du tribunal administratif ou une loi étroitement liée à son mandat et dont il a une connaissance approfondie peut fort bien constituer un indice important de l'intention du législateur de laisser au tribunal administratif le soin de l'interpréter. Or, une loi constitutive renferme des dispositions qui soulèvent des questions de droit sur lesquelles le législateur n'a pas voulu que le tribunal administratif ait le dernier mot. Il est en effet difficile d'imaginer à quel autre endroit les limites du pouvoir délégué au tribunal administratif pourraient être prévues. Dans *Dunsmuir* (au par. 59), les juges majoritaires de notre Cour renvoient à *United Taxi Drivers' Fellowship of Southern Alberta c. Calgary (Ville)*, 2004 CSC 19, [2004] 1 R.C.S. 485, pour donner un exemple d'affaire soulevant une telle question. Dans l'arrêt *Northrop Grumman Overseas Services Corp. c. Canada (Procureur général)*, 2009 CSC 50, [2009] 3 R.C.S. 309, le juge Rothstein relève un autre cas au nom de la Cour : « [e]n l'espèce, la Cour est saisie d'une question de compétence étant donné qu'il s'agit de décider si le [Tribunal canadien du commerce extérieur]

existing jurisprudence (para. 10). Recast to sidestep the language of “jurisdiction” or “vires”, these two cases demonstrate that there are provisions in home statutes that tribunals must interpret correctly.

[99] The point is this. The proposition that provisions of a “home statute” are generally reviewable on a reasonableness standard does not trump a more thorough examination of legislative intent when a plausible argument is advanced that a tribunal must interpret a particular provision correctly. In other words, saying that such provisions in “home” statutes are “exceptional” is not an answer to a plausible argument that a particular provision falls outside the “presumption” of reasonableness review and into the “exceptional” category of correctness review. Nor does it assist in determining by what means the “presumption” may be rebutted.

[100] The respondent’s position in this case is that s. 50(5) of the *Personal Information Protection Act*, S.A. 2003, c. P-6.5, is a provision the Commissioner was obliged to interpret correctly. While the fact that this provision is in the Commissioner’s “home” statute suggests caution in accepting that characterization of the provision, this alone does not relieve the reviewing court of examining the provision and the other relevant factors to determine the legislature’s intent in relation to it.

[101] When this is done, my view is that the legislature did not intend to authorize judicial review for correctness of the Commissioner’s interpretation of s. 50(5). The power to extend time is granted in broad terms in the context of a detailed and highly specialized statutory scheme which it is the Commissioner’s duty to administer and under

peut entendre une plainte présentée [. . .] par un fournisseur non canadien » (par. 10). Pour arriver à sa conclusion, la Cour signale que la jurisprudence a déterminé *de façon satisfaisante* la norme de contrôle applicable (par. 10). Reformulés sans renvoi à la notion de « compétence », il appert de ces deux arrêts qu’une loi constitutive renferme des dispositions que le tribunal administratif doit interpréter correctement.

[99] Voici ce qui importe. L’idée que les dispositions d’une loi constitutive sont habituellement susceptibles de contrôle selon la norme de la décision raisonnable n’écarte pas un examen approfondi de l’intention du législateur lorsqu’une partie avance la thèse plausible que le tribunal administratif doit interpréter correctement une disposition en particulier. Autrement dit, l’affirmation voulant qu’une telle disposition d’une loi constitutive soit « exceptionnelle » ne peut être opposée à la thèse plausible qu’une disposition donnée échappe à la « présomption » d’assujettissement à la norme de la décision raisonnable et appartient à la catégorie des questions « exceptionnelles » qui commandent la décision correcte. Elle ne permet pas non plus de déterminer par quel moyen la « présomption » peut être réfutée.

[100] L’intimée soutient en l’espèce que le par. 50(5) de la *Personal Information Protection Act*, S.A. 2003, ch. P-6.5, est une disposition que le commissaire était tenu d’interpréter correctement. Même si sa présence dans la loi constitutive du commissaire appelle la prudence avant de conclure que l’interprétation de la disposition touche à la compétence, elle n’est pas suffisante pour soustraire la cour de justice siégeant en révision à son obligation d’examiner la disposition et toute autre considération permettant de cerner l’intention du législateur y afférente.

[101] À l’issue d’un tel examen, il appert selon moi que le législateur n’a pas voulu permettre le contrôle de l’interprétation du par. 50(5) par le commissaire selon la norme de la décision correcte. Le pouvoir de prorogation est conféré en termes généraux dans le contexte d’un régime législatif détaillé et très spécialisé qu’il incombe au

which he is required to exercise many broadly granted discretions. The respondent's contention that s. 50(5) is a provision whose interpretation is reviewable on a correctness standard should be rejected because, having regard to the nature of the statutory scheme, the nature of the Commissioner's broadly conferred duties to administer that highly specialized scheme, and the nature of the provision in issue, it was the legislature's intent to leave to the Commissioner the question of whether s. 50(5) allowed him to extend the time limit after the 90 days had expired. I therefore agree with my colleague's conclusion that the applicable standard of review is reasonableness.

III. Jurisdictional Review

[102] I do not join my colleague in asking whether the category of true questions of jurisdiction exists. I have signalled above that the language of "jurisdiction" or "*vires*" might be unhelpful in the standard of review analysis. But I remain of the view that correctness review exists, both as a matter of constitutional law and statutory interpretation. This will be true, on occasion, with respect to a tribunal's interpretation of its "home" statute. As the Court affirmed in *Dunsmuir*, "judicial review is constitutionally guaranteed in Canada, particularly with regard to the definition and enforcement of jurisdictional limits" (para. 31).

[103] In the face of such a clear and recent statement by the Court, I am not ready to suggest, as my colleague does, at para. 34, that this constitutional guarantee may in fact be an empty shell. To be clear, this constitutional guarantee does not merely assure judicial review for reasonableness; it guarantees jurisdictional review on the correctness standard. *Dunsmuir* was clear and unequivocal on this point as the passage I have just cited demonstrates. I think it unfortunate that the Court should be seen to be engaging in casual questioning

commissaire d'administrer et en application duquel ce dernier est appelé à exercer de nombreux pouvoirs discrétionnaires accordés de manière générale. La prétention de l'intimée selon laquelle le par. 50(5) constitue une disposition dont l'interprétation est susceptible de contrôle selon la norme de la décision correcte doit être rejetée car, étant donné la nature du régime législatif, la nature des obligations du commissaire, formulées de manière générale, d'administrer ce régime très spécialisé et la nature de la disposition considérée, le législateur a voulu laisser au commissaire le soin de décider si le par. 50(5) l'autorise à proroger le délai après les 90 jours impartis. Je conviens donc avec mon collègue que la norme de contrôle applicable est celle de la décision raisonnable.

III. Contrôle de la compétence

[102] Contrairement à mon collègue, je ne m'interroge pas sur l'existence de la catégorie des questions touchant véritablement à la compétence. Je fais observer précédemment que dire d'une question qu'elle touche à la « compétence » peut se révéler inutile dans l'analyse relative à la norme de contrôle. Toutefois, je reste d'avis qu'il existe des questions soumises à la norme de la décision correcte sur le fondement tant du droit constitutionnel que de l'interprétation législative. Cela se confirmera à l'occasion lorsqu'un tribunal administratif interprétera sa loi constitutive. Comme l'affirme notre Cour dans *Dunsmuir*, « le contrôle judiciaire bénéficie de la protection constitutionnelle au Canada, surtout lorsqu'il s'agit de définir les limites de la compétence et de les faire respecter » (par. 31).

[103] Au vu d'une telle prise de position claire et récente de notre Cour, je ne suis pas disposé à laisser entendre, comme le fait mon collègue au par. 34 de ses motifs, que cette protection constitutionnelle pourrait en fait être théorique. En clair, cette protection constitutionnelle n'assure pas simplement le contrôle judiciaire au regard de la norme de la décision raisonnable, elle garantit le contrôle judiciaire d'une décision sur la compétence au regard de la norme de la décision correcte. C'est ce qui ressort de manière non équivoque de l'extrait précité

of the ongoing authority of what it said so clearly and so recently. Parliament and the legislatures, as a matter of constitutional law, cannot oust judicial review for correctness of a tribunal's interpretation of jurisdiction limiting provisions. Of course, there is no suggestion that this principle is engaged in this case.

IV. Conclusion

[104] I agree with Rothstein J. that the appeal should be allowed with costs in this Court and in the Court of Appeal; that the adjudicator's decision on the timeliness issue should be reinstated; and that the matter should be remitted to the chambers judge to consider the issues not dealt with and resolved in the judicial review proceedings.

Appeal allowed with costs.

Solicitors for the appellant: Jensen Shawa Solomon Duguid Hawkes, Calgary.

Solicitors for the respondent: Field, Edmonton.

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

Solicitors for the intervener the Information and Privacy Commissioner of British Columbia: Heenan Blaikie, Vancouver.

Solicitors for the intervener the B.C. Freedom of Information and Privacy Association: Hunter Litigation Chambers Law Corporation, Vancouver.

de *Dunsmuir*. Je trouve malheureux que la Cour paraisse laisser entendre à la légère que les propos si clairs qu'elle a tenus si récemment pourraient ne plus être valables. Les législateurs fédéral et provinciaux ne peuvent, sur le plan constitutionnel, soustraire au contrôle judiciaire selon la norme de la décision correcte l'interprétation par un tribunal administratif d'une disposition qui limite sa compétence. Mais je ne laisse évidemment pas entendre que ce principe soit en jeu en l'espèce.

IV. Conclusion

[104] À l'instar du juge Rothstein, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi avec dépens devant notre Cour et la Cour d'appel, de rétablir la décision du commissaire concernant l'observation du délai et de renvoyer l'affaire au juge en cabinet pour qu'il statue sur les questions qui n'ont pas déjà été examinées et réglées lors du contrôle judiciaire.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureurs de l'appelant: Jensen Shawa Solomon Duguid Hawkes, Calgary.

Procureurs de l'intimée: Field, Edmonton.

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

Procureurs de l'intervenant Information and Privacy Commissioner of British Columbia: Heenan Blaikie, Vancouver.

Procureurs de l'intervenante B.C. Freedom of Information and Privacy Association: Hunter Litigation Chambers Law Corporation, Vancouver.

**Newfoundland and Labrador Nurses'
Union Appellant**

v.

**Her Majesty The Queen in Right of
Newfoundland and Labrador, represented
by Treasury Board, and Newfoundland and
Labrador Health Boards Association, on
behalf of Labrador-Grenfell Regional Health
Authority Respondents**

**INDEXED AS: NEWFOUNDLAND AND LABRADOR
NURSES' UNION v. NEWFOUNDLAND AND LABRADOR
(TREASURY BOARD)**

2011 SCC 62

File No.: 33659.

2011: October 14; 2011: December 15.

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

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
NEWFOUNDLAND AND LABRADOR**

Administrative law — Role and adequacy of reasons — Procedural fairness — Whether reasons satisfy Dunsmuir requirements for “justification, transparency and intelligibility”.

The union disputed an arbitrator's award which involved the calculation of vacation benefits. The issue the arbitrator had to decide was whether time as a casual employee could be credited towards annual leave entitlement if that employee became permanent. In his decision, the arbitrator concluded that it was not to be included in calculating the length of vacation entitlements. On judicial review, the arbitrator's reasons were found to be insufficient and therefore unreasonable and the decision was set aside. The majority of the Court of Appeal agreed with the arbitrator.

Held: The appeal should be dismissed.

Dunsmuir confirmed that in determining whether a decision is reasonable, the inquiry for a reviewing court is about “justification, transparency and intelligibility”.

**Newfoundland and Labrador Nurses'
Union Appelante**

c.

Sa Majesté la Reine du chef de Terre-Neuve-et-Labrador, représentée par le Conseil du Trésor, et Newfoundland and Labrador Health Boards Association, au nom de Labrador-Grenfell Regional Health Authority Intimées

**RÉPERTORIÉ : NEWFOUNDLAND AND LABRADOR
NURSES' UNION c. TERRE-NEUVE-ET-LABRADOR
(CONSEIL DU TRÉSOR)**

2011 CSC 62

N° du greffe : 33659.

2011 : 14 octobre; 2011 : 15 décembre.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE TERRE-NEUVE-ET-LABRADOR

Droit administratif — Rôle et suffisance des motifs — Équité procédurale — Les motifs répondaient-ils aux critères de la justification de la décision et de la transparence et l'intelligibilité du processus décisionnel établis dans Dunsmuir?

Le syndicat a contesté une décision de l'arbitre ayant trait au calcul du nombre de congés annuels payés. La question que l'arbitre devait trancher était de savoir s'il pouvait être tenu compte, dans le calcul du nombre de congés annuels payés auxquels l'employé occasionnel ayant acquis sa permanence avait droit, des heures durant lesquelles il avait travaillé à ce titre avant d'obtenir sa permanence. Dans sa décision, l'arbitre a conclu qu'il ne fallait pas tenir compte de ces heures dans ce calcul. En contrôle judiciaire, les motifs de l'arbitre ont été jugés insuffisants et, par conséquent, déraisonnables, et sa décision a été annulée. Les juges majoritaires de la Cour d'appel se sont dits d'accord avec l'arbitre.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

Dunsmuir a confirmé que la cour de révision appelée à statuer sur le caractère raisonnable d'une décision s'attache à « la justification de la décision, à la

This represents a respectful appreciation that a wide range of specialized decision-makers render decisions in their respective spheres of expertise, using concepts and language often unique to their areas and rendering decision that are often counter-intuitive to a generalist. *Dunsmuir* does not stand for the proposition that the “adequacy” of reasons is a stand-alone basis for quashing a decision, or as advocating that a reviewing court undertake two discrete analyses — one for the reasons and a separate one for the result. It is a more organic exercise — the reasons must be read together with the outcome, and serve the purpose of showing whether the result falls within a range of possible outcomes. Reasons need not include all the arguments or details the reviewing judge would have preferred, but that does not impugn the validity of either the reasons or the result. If the reasons allow the reviewing court to understand why the tribunal made its decision and permit it to determine whether the conclusion is within the range of acceptable outcomes, the *Dunsmuir* criteria are met. It is an unhelpful elaboration on *Baker* to suggest that alleged deficiencies or flaws in the reasons fall under the category of a breach of the duty of procedural fairness. Any challenge to the reasoning/result of the decision should be made within the reasonableness analysis. Here, the reasons showed that the arbitrator was alive to the question at issue and came to a result well within the range of reasonable outcomes.

Cases Cited

Referred to: *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339; *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.*, [1979] 2 S.C.R. 227; *Service Employees' International Union, Local No. 333 v. Nipawin District Staff Nurses Assn.*, [1975] 1 S.C.R. 382; *Canada Post Corp. v. Public Service Alliance of Canada*, 2010 FCA 56, [2011] 2 F.C.R. 221, rev'd in part 2011 SCC 57, [2011] 3 S.C.R. 572; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817.

Authors Cited

Adams, George W. *Canadian Labour Law*, 2nd ed., vol. 1. Toronto: Canada Law Book, 1993 (loose-leaf updated October 2011, release 40).

transparence et à l'intelligibilité du processus décisionnel ». Cela témoigne d'une reconnaissance respectueuse du vaste éventail de décideurs spécialisés qui rendent des décisions — qui paraissent souvent contre-intuitives aux yeux d'un généraliste — dans leurs sphères d'expertise, et ce en ayant recours à des concepts et des termes souvent propres à leurs champs d'activité. *Dunsmuir* ne signifie pas que l'« insuffisance » des motifs permet à elle seule de casser une décision, ou que les cours de révision doivent effectuer deux analyses distinctes, l'une portant sur les motifs et l'autre, sur le résultat. Il s'agit d'un exercice plus global : les motifs doivent être examinés en corrélation avec le résultat et ils doivent permettre de savoir si ce dernier fait partie des issues possibles. Il n'est pas nécessaire que les motifs fassent référence à tous les arguments ou détails que le juge siégeant en révision aurait voulu y lire, mais cela ne met pas en doute leur validité ni celle du résultat. S'ils permettent à la cour de révision de comprendre le fondement de la décision du tribunal et de déterminer si la conclusion fait partie des issues possibles acceptables, les motifs répondent alors aux critères établis dans *Dunsmuir*. Il est inutile d'explicitier l'arrêt *Baker* en indiquant que les lacunes ou les vices dont seraient entachés les motifs appartiennent à la catégorie des manquements à l'obligation d'équité procédurale. Le raisonnement qui sous-tend la décision/le résultat ne peut être remis en question que dans le cadre de l'analyse du caractère raisonnable de celle-ci. En l'espèce, il ressort des motifs que l'arbitre avait bien saisi la question en litige et qu'il est parvenu à un résultat faisant sans aucun doute partie des issues possibles raisonnables.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339; *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227; *Union internationale des employés des services, local n° 333 c. Nipawin District Staff Nurses Assn.*, [1975] 1 R.C.S. 382; *Société canadienne des postes c. Alliance de la Fonction publique du Canada*, 2010 CAF 56, [2011] 2 R.C.F. 221, inf. en partie par 2011 CSC 57, [2011] 3 R.C.S. 572; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817.

Doctrine citée

Adams, George W. *Canadian Labour Law*, 2nd ed., vol. 1. Toronto : Canada Law Book, 1993 (loose-leaf updated October 2011, release 40).

- Brown, Donald J. M., and John M. Evans, with the assistance of Christine E. Deacon. *Judicial Review of Administrative Action in Canada*, vol. 3. Toronto: Canvasback, 1998 (loose-leaf updated August 2011).
- Bryden, Philip. "Standards of Review and Sufficiency of Reasons: Some Practical Considerations" (2006), 19 *C.J.A.L.P.* 191.
- Dyzenhaus, David. "The Politics of Deference: Judicial Review and Democracy", in Michael Taggart, ed., *The Province of Administrative Law*. Oxford: Hart, 1997, 279.
- Huscroft, Grant. "The Duty of Fairness: From Nicholson to Baker and Beyond", in Colleen M. Flood and Lorne Sossin, eds., *Administrative Law in Context*. Toronto: Emond Montgomery, 2008, 115.
- Jones, David Phillip, and Anne S. de Villars. *Principles of Administrative Law*, 5th ed. Toronto: Carswell, 2009.
- Mullan, David. "*Dunsmuir v. New Brunswick*, Standard of Review and Procedural Fairness for Public Servants: Let's Try Again!" (2008), 21 *C.J.A.L.P.* 117.

APPEAL from a judgment of the Newfoundland and Labrador Court of Appeal (Cameron, Welsh and Mercer J.J.A.), 2010 NLCA 13, 294 Nfld. & P.E.I.R. 161, 908 A.P.R. 161, 190 L.A.C. (4th) 385, 2010 CLLC ¶220-017, [2010] N.J. No. 63 (QL), 2010 CarswellNfld 49, reversing a decision of Orsborn J., 2008 NLTD 200, 283 Nfld. & P.E.I.R. 170, 873 A.P.R. 170, [2008] N.J. No. 364 (QL), 2008 CarswellNfld 332. Appeal dismissed.

David G. Conway and Tracey L. Trahey, for the appellant.

Stephen F. Penney and Jeffrey Beedell, for the respondents.

The judgment of the Court was delivered by

[1] ABELLA J. — The transformative decision of this Court in *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, explained that the purpose of reasons, when they are required, is to demonstrate "justification, transparency and intelligibility" (para. 47). The issues in this appeal are whether the arbitrator's reasons in this case satisfied these criteria and whether the reasons engaged procedural fairness.

- Brown, Donald J. M., and John M. Evans, with the assistance of Christine E. Deacon. *Judicial Review of Administrative Action in Canada*, vol. 3. Toronto: Canvasback, 1998 (loose-leaf updated August 2011).
- Bryden, Philip. « Standards of Review and Sufficiency of Reasons : Some Practical Considerations » (2006), 19 *C.J.A.L.P.* 191.
- Dyzenhaus, David. « The Politics of Deference : Judicial Review and Democracy », in Michael Taggart, ed., *The Province of Administrative Law*. Oxford : Hart, 1997, 279.
- Huscroft, Grant. « The Duty of Fairness : From Nicholson to Baker and Beyond », in Colleen M. Flood and Lorne Sossin, eds., *Administrative Law in Context*. Toronto : Emond Montgomery, 2008, 115.
- Jones, David Phillip, and Anne S. de Villars. *Principles of Administrative Law*, 5th ed. Toronto : Carswell, 2009.
- Mullan, David. « *Dunsmuir v. New Brunswick*, Standard of Review and Procedural Fairness for Public Servants : Let's Try Again! » (2008), 21 *C.J.A.L.P.* 117.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de Terre-Neuve-et-Labrador (les juges Cameron, Welsh et Mercer), 2010 NLCA 13, 294 Nfld. & P.E.I.R. 161, 908 A.P.R. 161, 190 L.A.C. (4th) 385, 2010 CLLC ¶220-017, [2010] N.J. No. 63 (QL), 2010 CarswellNfld 49, qui a infirmé une décision du juge Orsborn, 2008 NLTD 200, 283 Nfld. & P.E.I.R. 170, 873 A.P.R. 170, [2008] N.J. No. 364 (QL), 2008 CarswellNfld 332. Pourvoi rejeté.

David G. Conway et Tracey L. Trahey, pour l'appelante.

Stephen F. Penney et Jeffrey Beedell, pour les intimées.

Version française du jugement de la Cour rendu par

[1] LA JUGE ABELLA — Dans l'arrêt *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, qui a transformé le droit administratif, notre Cour a expliqué que l'objet des motifs, dans les cas où il faut en exposer, est d'établir « la justification de la décision [ainsi que] la transparence et [. . .] l'intelligibilité du processus décisionnel » (par. 47). Les questions en litige dans le présent pourvoi sont de savoir si les motifs de l'arbitre en l'espèce répondaient à ces critères et s'ils soulevaient la question de l'équité procédurale.

[2] The dispute underlying the arbitrator's award involved the calculation of vacation benefits. The arbitrator concluded that under the collective agreement, the grievors' time as casual employees was not to be included in calculating the length of their vacation entitlement when they became permanent employees.

[3] The definition of "Employee" in the collective agreement includes all paid employees, including casual employees. Casual employees are defined in Article 2.01(b) as employees who work on an "occasional or intermittent basis". They are under "no obligation . . . to come [to work] when they are called" and the Employer, in turn, has "no obligation" to call them.

[4] Notably, that definitional provision states that while casual employees are generally entitled to the benefits of the collective agreement, they are *expressly excluded* from a number of benefits, including the vacation entitlement calculations applicable to permanent employees under Article 17. Instead, they receive 20 percent of their basic salary in lieu.

[5] The issue the arbitrator had to decide was whether time as a casual employee could be credited towards annual leave entitlement if that employee became permanent. In the 12-page decision, the arbitrator outlined the facts, the arguments of the parties, the relevant provisions of the collective agreement, a number of applicable interpretive principles, and ultimately agreed with the Employer that the time an employee spent as a casual could not be used in calculating that employee's length of service towards vacation entitlement when he or she became a permanent, temporary or part-time employee.

[6] The arbitrator reasoned that casual employees, defined in Article 2.01(b), work on an occasional,

[2] Le conflit à l'origine de la décision de l'arbitre avait trait au calcul du nombre de congés annuels payés. L'arbitre a conclu qu'aux termes de la convention collective il ne fallait pas, dans le calcul du nombre de congés annuels payés auxquels les plaignantes avaient droit lorsqu'elles ont obtenu la permanence, tenir compte des heures durant lesquelles elles avaient travaillé à titre occasionnel.

[3] Dans la convention collective, « Employé » s'entend de tout employé rémunéré, y compris l'employé occasionnel. À l'alinéa 2.01b), l'employé occasionnel s'entend de l'employé qui travaille [TRADUCTION] « de façon occasionnelle ou intermittente ». Il « n'est pas tenu [. . .] de se présenter [au travail] lorsqu'il est appelé » et l'employeur, pour sa part, « n'est pas tenu » de l'appeler.

[4] Il convient de souligner qu'aux termes de cette disposition définitoire l'employé occasionnel bénéficie, de façon générale, des avantages de la convention collective, mais il n'a *expressément pas droit* à un certain nombre d'avantages, notamment les congés annuels payés dont l'employé permanent bénéficie selon le calcul prévu à l'art. 17. Il a plutôt droit, à ce titre, à une somme équivalant à 20 pour 100 de son salaire de base.

[5] La question que l'arbitre devait trancher était de savoir s'il pouvait être tenu compte, dans le calcul du nombre de congés annuels payés auxquels l'employé occasionnel ayant acquis la permanence avait droit, des heures durant lesquelles il avait travaillé à ce titre avant d'obtenir la permanence. Dans sa décision, qui comporte 12 pages, l'arbitre énonce les faits, les arguments des parties, les dispositions pertinentes de la convention collective ainsi qu'un certain nombre de principes d'interprétation applicables, et, en dernière analyse, il dit convenir avec l'employeur qu'il ne peut être tenu compte, dans le calcul de ses états de service ouvrant droit à des congés annuels payés, des heures durant lesquelles l'employé ayant acquis le statut d'employé permanent, temporaire, ou à temps partiel, avait travaillé à titre occasionnel avant d'obtenir ce statut.

[6] Selon l'arbitre, l'employé occasionnel au sens de l'al. 2.01b) travaille de façon occasionnelle ou

intermittent basis, and are not required to come to work even when called. Article 2.01(b) also sets out a list of benefits to which casual employees are *not* entitled. In lieu of those benefits, casual employees receive the benefit of 20 percent of their basic salary. One of the benefits from which they are expressly excluded and for which they receive the additional 20 percent is Article 17, which determines the length of vacation time to which an employee is entitled.

[7] These points, it seems to me, provided a reasonable basis for the arbitrator's conclusion, based on a plain reading of the agreement itself.

[8] On judicial review, the parties acknowledged that the standard of review was reasonableness. The chambers judge was of the view that such a review is based not only on whether the outcome falls within the range of possible outcomes, in accordance with *Dunsmuir*, but also requires that the reasons set out a line of analysis that reasonably supports the conclusion reached. The chambers judge concluded that the arbitrator's reasons required "more cogency" and that his conclusion was "unsupported by any chain of reasoning that could be considered reasonable". They were, in short, insufficient. As a result, the chambers judge found the result to be unreasonable and set it aside.

[9] The majority in the Court of Appeal overturned the decision of the chambers judge, concluding that while "a more comprehensive explanation" would have been preferable, the reasons were "sufficient to satisfy the *Dunsmuir* criteria" of "justification, transparency and intelligibility". In their words:

... reasons must be sufficient to permit the parties to understand why the tribunal made the decision and to enable judicial review of that decision. The reasons should be read as a whole and in context, and must be such as to satisfy the reviewing court that the tribunal

intermittente et n'est pas tenu de se présenter au travail même s'il est appelé. Cet alinéa énumère aussi certains avantages auxquels il *n'a pas* droit. Au lieu d'obtenir ces avantages, il touche une somme équivalant à 20 pour 100 de son salaire de base. L'un des avantages auxquels il n'a expressément pas droit et à l'égard duquel il touche une telle somme est celui que prévoit l'art. 17, qui fixe les modalités servant au calcul du nombre de congés annuels payés dont les employés bénéficient.

[7] Il me semble que ces éléments donnent un fondement raisonnable à la conclusion de l'arbitre quand on considère les dispositions de la convention collective.

[8] En contrôle judiciaire, les parties ont reconnu que la norme de contrôle qu'il convenait d'appliquer était celle de la décision raisonnable. Selon le juge siégeant en cabinet, un contrôle de cette nature vise non seulement à établir si le résultat fait partie des issues possibles, comme l'exige l'arrêt *Dunsmuir*, mais il exige aussi que les motifs fournissent une analyse qui permet raisonnablement d'étayer la conclusion. Le juge siégeant en cabinet a conclu que les motifs de l'arbitre devaient être [TRADUCTION] « plus solides » et que sa conclusion « ne reposait sur aucun raisonnement pouvant être qualifié de raisonnable ». Bref, les motifs étaient insuffisants. Par conséquent, il a estimé que le résultat était déraisonnable et l'a annulé.

[9] Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont infirmé la décision du juge siégeant en cabinet, concluant que même s'il aurait été préférable de donner [TRADUCTION] « une explication plus détaillée », les motifs étaient « suffisants pour répondre aux critères établis dans *Dunsmuir* », soit ceux de « la justification de la décision [ainsi que de] la transparence et [de] l'intelligibilité du processus décisionnel ». Pour reprendre leurs propos :

[TRADUCTION] ... les motifs doivent être suffisants pour permettre aux parties de comprendre le fondement de la décision du tribunal et pour procéder au contrôle judiciaire de celle-ci. Ils doivent être examinés dans leur ensemble et leur contexte, et doivent être à même

grappled with the substantive live issues necessary to dispose of the matter.

[10] The dissenting judge agreed with the chambers judge. In her view, the arbitrator's reasons disclosed no line of reasoning which could lead to his conclusion. As a result, there were "no reasons" to review.

Analysis

[11] It is worth repeating the key passages in *Dunsmuir* that frame this analysis:

Reasonableness is a deferential standard animated by the principle that underlies the development of the two previous standards of reasonableness: certain questions that come before administrative tribunals do not lend themselves to one specific, particular result. Instead, they may give rise to a number of possible, reasonable conclusions. Tribunals have a margin of appreciation within the range of acceptable and rational solutions. A court conducting a review for reasonableness inquires into the qualities that make a decision reasonable, referring both to the process of articulating the reasons and to outcomes. In judicial review, reasonableness is concerned mostly with the existence of justification, transparency and intelligibility within the decision-making process. But it is also concerned with whether the decision falls within a range of possible, acceptable outcomes which are defensible in respect of the facts and law.

... What does deference mean in this context? Deference is both an attitude of the court and a requirement of the law of judicial review. It does not mean that courts are subservient to the determinations of decision makers, or that courts must show blind reverence to their interpretations, or that they may be content to pay lip service to the concept of reasonableness review while in fact imposing their own view. Rather, deference imports respect for the decision-making process of adjudicative bodies with regard to both the facts and the law. The notion of deference "is rooted in part in respect for governmental decisions to create administrative bodies with delegated powers" We agree with David Dyzenhaus where he states that the concept of "deference as respect" requires of the courts "not submission but a respectful attention to the reasons offered or which could be offered in support of

de convaincre la cour de révision que le tribunal s'est penché sur les questions de fond en litige nécessaires pour trancher l'affaire.

[10] La juge dissidente s'est dite d'accord avec le juge siégeant en cabinet. Selon elle, les motifs de l'arbitre ne faisaient ressortir aucun raisonnement susceptible de mener à la conclusion à laquelle il était parvenu. Il n'y avait donc « pas de motifs » à contrôler.

Analyse

[11] Il convient de reprendre les passages clés de l'arrêt *Dunsmuir* qui établissent le cadre de cette analyse :

La norme déferente du caractère raisonnable procède du principe à l'origine des deux normes antérieures de raisonabilité : certaines questions soumises aux tribunaux administratifs n'appellent pas une seule solution précise, mais peuvent plutôt donner lieu à un certain nombre de conclusions raisonnables. Il est loisible au tribunal administratif d'opter pour l'une ou l'autre des différentes solutions rationnelles acceptables. La cour de révision se demande dès lors si la décision et sa justification possèdent les attributs de la raisonabilité. Le caractère raisonnable tient principalement à la justification de la décision, à la transparence et à l'intelligibilité du processus décisionnel, ainsi qu'à l'appartenance de la décision aux issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit.

... Que faut-il entendre par déference dans ce contexte? C'est à la fois une attitude de la cour et une exigence du droit régissant le contrôle judiciaire. Il ne s'ensuit pas que les cours de justice doivent s'incliner devant les conclusions des décideurs ni qu'elles doivent respecter aveuglément leurs interprétations. Elles ne peuvent pas non plus invoquer la notion de raisonabilité pour imposer dans les faits leurs propres vues. La déference suppose plutôt le respect du processus décisionnel au regard des faits et du droit. Elle « repose en partie sur le respect des décisions du gouvernement de constituer des organismes administratifs assortis de pouvoirs délégués » [. . .] Nous convenons avec David Dyzenhaus que la notion de [TRADUCTION] « retenue au sens de respect » n'exige pas de la cour de révision [TRADUCTION] « la soumission, mais une attention respectueuse aux motifs donnés ou qui

a decision” [Emphasis added; citations omitted; paras. 47-48.]

[12] It is important to emphasize the Court’s endorsement of Professor Dyzenhaus’s observation that the notion of deference to administrative tribunal decision-making requires “a respectful attention to the reasons offered or which could be offered in support of a decision”. In his cited article, Professor Dyzenhaus explains how reasonableness applies to reasons as follows:

“Reasonable” means here that the reasons do in fact or in principle support the conclusion reached. That is, even if the reasons in fact given do not seem wholly adequate to support the decision, the court must first seek to supplement them before it seeks to subvert them. For if it is right that among the reasons for deference are the appointment of the tribunal and not the court as the front line adjudicator, the tribunal’s proximity to the dispute, its expertise, etc, then it is also the case that its decision should be presumed to be correct even if its reasons are in some respects defective. [Emphasis added.]

(David Dyzenhaus, “The Politics of Deference: Judicial Review and Democracy”, in Michael Taggart, ed., *The Province of Administrative Law* (1997), 279, at p. 304)

See also David Mullan, “*Dunsmuir v. New Brunswick*, Standard of Review and Procedural Fairness for Public Servants: Let’s Try Again!” (2008), 21 *C.J.A.L.P.* 117, at p. 136; David Phillip Jones, Q.C., and Anne S. de Villars, Q.C., *Principles of Administrative Law* (5th ed. 2009), at p. 380; and *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339, at para. 63.

[13] This, I think, is the context for understanding what the Court meant in *Dunsmuir* when it called for “justification, transparency and intelligibility”. To me, it represents a respectful appreciation that a wide range of specialized decision-makers routinely render decisions in their respective spheres of expertise, using concepts and language often unique to their areas and rendering

pourraient être donnés à l’appui d’une décision » . . . [Je souligne; références omises; par. 47-48.]

[12] Il importe de souligner que la Cour a souscrit à l’observation du professeur Dyzenhaus selon laquelle la notion de retenue envers les décisions des tribunaux administratifs commande [TRADUCTION] « une attention respectueuse aux motifs donnés ou qui pourraient être donnés à l’appui d’une décision ». Dans son article cité par la Cour, le professeur Dyzenhaus explique en ces termes comment le caractère raisonnable se rapporte aux motifs :

[TRADUCTION] Le « caractère raisonnable » s’entend ici du fait que les motifs étayent, effectivement ou en principe, la conclusion. Autrement dit, même si les motifs qui ont en fait été donnés ne semblent pas tout à fait convenables pour étayer la décision, la cour de justice doit d’abord chercher à les compléter avant de tenter de les contrecarrer. Car s’il est vrai que parmi les motifs pour lesquels il y a lieu de faire preuve de retenue on compte le fait que c’est le tribunal, et non la cour de justice, qui a été désigné comme décideur de première ligne, la connaissance directe qu’a le tribunal du différend, son expertise, etc., il est aussi vrai qu’on doit présumer du bien-fondé de sa décision même si ses motifs sont lacunaires à certains égards. [Je souligne.]

(David Dyzenhaus, « The Politics of Deference : Judicial Review and Democracy », dans Michael Taggart, dir., *The Province of Administrative Law* (1997), 279, p. 304)

Voir aussi David Mullan, « *Dunsmuir v. New Brunswick*, Standard of Review and Procedural Fairness for Public Servants : Let’s Try Again! » (2008), 21 *C.J.A.L.P.* 117, p. 136; David Phillip Jones, c.r., et Anne S. de Villars, c.r., *Principles of Administrative Law* (5^e éd. 2009), p. 380; et *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339, par. 63.

[13] C’est dans cette optique, selon moi, qu’il faut interpréter ce que la Cour voulait dire dans *Dunsmuir* lorsqu’elle a parlé de « la justification de la décision [ainsi que de] la transparence et [de] l’intelligibilité du processus décisionnel ». À mon avis, ces propos témoignent d’une reconnaissance respectueuse du vaste éventail de décideurs spécialisés qui rendent couramment

decisions that are often counter-intuitive to a generalist. That was the basis for this Court's new direction in *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.*, [1979] 2 S.C.R. 227, where Dickson J. urged restraint in assessing the decisions of specialized administrative tribunals. This decision oriented the Court towards granting greater deference to tribunals, shown in *Dunsmuir's* conclusion that tribunals should "have a margin of appreciation within the range of acceptable and rational solutions" (para. 47).

[14] Read as a whole, I do not see *Dunsmuir* as standing for the proposition that the "adequacy" of reasons is a stand-alone basis for quashing a decision, or as advocating that a reviewing court undertake two discrete analyses — one for the reasons and a separate one for the result (Donald J. M. Brown and John M. Evans, *Judicial Review of Administrative Action in Canada* (loose-leaf), at §§12:5330 and 12:5510). It is a more organic exercise — the reasons must be read together with the outcome and serve the purpose of showing whether the result falls within a range of possible outcomes. This, it seems to me, is what the Court was saying in *Dunsmuir* when it told reviewing courts to look at "the qualities that make a decision reasonable, referring both to the process of articulating the reasons and to outcomes" (para. 47).

[15] In assessing whether the decision is reasonable in light of the outcome and the reasons, courts must show "respect for the decision-making process of adjudicative bodies with regard to both the facts and the law" (*Dunsmuir*, at para. 48). This means that courts should not substitute their own reasons, but they may, if they find it necessary, look to the record for the purpose of assessing the reasonableness of the outcome.

des décisions — qui paraissent souvent contre-intuitives aux yeux d'un généraliste — dans leurs sphères d'expertise, et ce en ayant recours à des concepts et des termes souvent propres à leurs champs d'activité. C'est sur ce fondement que notre Cour a changé d'orientation dans *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227, où le juge Dickson a insisté sur le fait qu'il y avait lieu de faire preuve de déférence en appréciant les décisions des tribunaux administratifs spécialisés. Cet arrêt a amené la Cour à faire preuve d'une déférence accrue envers les tribunaux, comme en témoigne la conclusion, tirée dans *Dunsmuir*, qu'il doit être « loisible au tribunal administratif d'opter pour l'une ou l'autre des différentes solutions rationnelles acceptables » (par. 47).

[14] Je ne suis pas d'avis que, considéré dans son ensemble, l'arrêt *Dunsmuir* signifie que l'« insuffisance » des motifs permet à elle seule de casser une décision, ou que les cours de révision doivent effectuer deux analyses distinctes, l'une portant sur les motifs et l'autre, sur le résultat (Donald J. M. Brown et John M. Evans, *Judicial Review of Administrative Action in Canada* (feuilles mobiles), §§12:5330 et 12:5510). Il s'agit d'un exercice plus global : les motifs doivent être examinés en corrélation avec le résultat et ils doivent permettre de savoir si ce dernier fait partie des issues possibles. Il me semble que c'est ce que la Cour voulait dire dans *Dunsmuir* en invitant les cours de révision à se demander si « la décision et sa justification possèdent les attributs de la raisonabilité » (par. 47).

[15] La cour de justice qui se demande si la décision qu'elle est en train d'examiner est raisonnable du point de vue du résultat et des motifs doit faire preuve de « respect [à l'égard] du processus décisionnel [de l'organisme juridictionnel] au regard des faits et du droit » (*Dunsmuir*, par. 48). Elle ne doit donc pas substituer ses propres motifs à ceux de la décision sous examen mais peut toutefois, si elle le juge nécessaire, examiner le dossier pour apprécier le caractère raisonnable du résultat.

[16] Reasons may not include all the arguments, statutory provisions, jurisprudence or other details the reviewing judge would have preferred, but that does not impugn the validity of either the reasons or the result under a reasonableness analysis. A decision-maker is not required to make an explicit finding on each constituent element, however subordinate, leading to its final conclusion (*Service Employees' International Union, Local No. 333 v. Nipawin District Staff Nurses Assn.*, [1975] 1 S.C.R. 382, at p. 391). In other words, if the reasons allow the reviewing court to understand why the tribunal made its decision and permit it to determine whether the conclusion is within the range of acceptable outcomes, the *Dunsmuir* criteria are met.

[17] The fact that there may be an alternative interpretation of the agreement to that provided by the arbitrator does not inevitably lead to the conclusion that the arbitrator's decision should be set aside if the decision itself is in the realm of reasonable outcomes. Reviewing judges should pay "respectful attention" to the decision-maker's reasons, and be cautious about substituting their own view of the proper outcome by designating certain omissions in the reasons to be fateful.

[18] Evans J.A. in *Canada Post Corp. v. Public Service Alliance of Canada*, 2010 FCA 56, [2011] 2 F.C.R. 221, explained in reasons upheld by this Court (2011 SCC 57, [2011] 3 S.C.R. 572) that *Dunsmuir* seeks to "avoid an unduly formalistic approach to judicial review" (para. 164). He notes that "perfection is not the standard" and suggests that reviewing courts should ask whether "when read in light of the evidence before it and the nature of its statutory task, the Tribunal's reasons adequately explain the bases of its decision" (para. 163). I found the description by the Respondents in their Factum particularly helpful in explaining the nature of the exercise:

[16] Il se peut que les motifs ne fassent pas référence à tous les arguments, dispositions législatives, précédents ou autres détails que le juge siégeant en révision aurait voulu y lire, mais cela ne met pas en doute leur validité ni celle du résultat au terme de l'analyse du caractère raisonnable de la décision. Le décideur n'est pas tenu de tirer une conclusion explicite sur chaque élément constitutif du raisonnement, si subordonné soit-il, qui a mené à sa conclusion finale (*Union internationale des employés des services, local n° 333 c. Nipawin District Staff Nurses Assn.*, [1975] 1 R.C.S. 382, p. 391). En d'autres termes, les motifs répondent aux critères établis dans *Dunsmuir* s'ils permettent à la cour de révision de comprendre le fondement de la décision du tribunal et de déterminer si la conclusion fait partie des issues possibles acceptables.

[17] Le fait que la convention collective puisse se prêter à une interprétation autre que celle que lui a donnée l'arbitre ne mène pas forcément à la conclusion qu'il faut annuler sa décision, si celle-ci fait partie des issues possibles raisonnables. Les juges siégeant en révision doivent accorder une « attention respectueuse » aux motifs des décideurs et se garder de substituer leurs propres opinions à celles de ces derniers quant au résultat approprié en qualifiant de fatales certaines omissions qu'ils ont relevées dans les motifs.

[18] Dans *Société canadienne des postes c. Alliance de la Fonction publique du Canada*, 2010 CAF 56, [2011] 2 R.C.F. 221, le juge Evans précise, dans des motifs confirmés par notre Cour (2011 CSC 57, [2011] 3 R.C.S. 572), que l'arrêt *Dunsmuir* cherche à « [éviter] qu'on [aborde] le contrôle judiciaire sous un angle trop formaliste » (par. 164). Il signale qu'« [o]n ne s'atten[d] pas à de la perfection » et indique que la cour de révision doit se demander si, « lorsqu'on les examine à la lumière des éléments de preuve dont il disposait et de la nature de la tâche que la loi lui confie, on constate que les motifs du Tribunal expliquent de façon adéquate le fondement de sa décision » (par. 163). J'estime que la description de l'exercice que donnent les intimées dans leur mémoire est particulièrement utile pour en décrire la nature :

When reviewing a decision of an administrative body on the reasonableness standard, the guiding principle is deference. Reasons are not to be reviewed in a vacuum – the result is to be looked at in the context of the evidence, the parties' submissions and the process. Reasons do not have to be perfect. They do not have to be comprehensive. [para. 44]

[19] The Union acknowledged that an arbitrator's interpretation of a collective agreement is subject to reasonableness. As I understand it, however, its argument before us was that since the arbitrator's reasons amounted to "no reasons", and since the duty to provide reasons is, according to *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, a question of procedural fairness, a correctness standard applies.

[20] Procedural fairness was not raised either before the reviewing judge or the Court of Appeal and it can be easily disposed of here. *Baker* stands for the proposition that "in certain circumstances", the duty of procedural fairness will require "some form of reasons" for a decision (para. 43). It did not say that reasons were *always* required, and it did not say that the *quality* of those reasons is a question of procedural fairness. In fact, after finding that reasons were required in the circumstances, the Court in *Baker* concluded that the mere notes of an immigration officer were sufficient to fulfil the duty of fairness (para. 44).

[21] It strikes me as an unhelpful elaboration on *Baker* to suggest that alleged deficiencies or flaws in the reasons fall under the category of a breach of the duty of procedural fairness and that they are subject to a correctness review. As Professor Philip Bryden has warned, "courts must be careful not to confuse a finding that a tribunal's reasoning process is inadequately revealed with disagreement over the conclusions reached by the tribunal on the evidence before it" ("Standards of Review and Sufficiency of Reasons: Some Practical Considerations" (2006), 19 *C.J.A.L.P.* 191, at p. 217; see also Grant Huscroft, "The Duty of Fairness: From Nicholson to Baker and Beyond", in Colleen M. Flood and

[TRADUCTION] La déférence est le principe directeur qui régit le contrôle de la décision d'un tribunal administratif selon la norme de la décision raisonnable. Il ne faut pas examiner les motifs dans l'abstrait; il faut examiner le résultat dans le contexte de la preuve, des arguments des parties et du processus. Il n'est pas nécessaire que les motifs soient parfaits ou exhaustifs. [par. 44]

[19] Le syndicat a reconnu que l'interprétation qu'un arbitre donne à une convention collective est soumise à la norme de la décision raisonnable. Mais, d'après ce que je crois comprendre, il a soutenu devant nous que puisque les motifs de l'arbitre étaient assimilables à une « absence de motifs » et que, selon *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, l'obligation de fournir des motifs relève de l'équité procédurale, c'est la norme de la décision correcte qu'il convient d'appliquer.

[20] La question de l'équité procédurale n'a été soulevée ni devant le juge siégeant en révision, ni devant la Cour d'appel, et notre Cour peut la trancher aisément. L'arrêt *Baker* établit que, « dans certaines circonstances », l'obligation d'équité procédurale requiert « une forme quelconque de motifs écrits » à l'appui d'une décision (par. 43). Il n'y est pas affirmé que des motifs s'imposent *dans tous les cas*, ni que leur *qualité* relève de l'équité procédurale. En fait, après avoir jugé que des motifs s'imposaient dans la situation qui l'occupait, la Cour a conclu dans *Baker* que les simples notes d'un agent d'immigration suffisaient pour remplir l'obligation d'équité procédurale (par. 44).

[21] Il m'apparaît inutile d'explicitier l'arrêt *Baker* en indiquant que les lacunes ou les vices dont seraient entachés les motifs appartiennent à la catégorie des manquements à l'obligation d'équité procédurale et qu'ils sont soumis à la norme de la décision correcte. Je fais mienne la mise en garde du professeur Philip Bryden selon laquelle [TRADUCTION] « les cours de justice doivent se garder de confondre la conclusion que le raisonnement du tribunal n'est pas adéquatement exposé et le désaccord au sujet des conclusions tirées par le tribunal sur la base de la preuve dont il disposait » (« Standards of Review and Sufficiency of Reasons: Some Practical Considerations » (2006), 19 *C.J.A.L.P.* 191, p. 217; voir aussi Grant

Lorne Sossin, eds., *Administrative Law in Context* (2008), 115, at p. 136).

[22] It is true that the breach of a duty of procedural fairness is an error in law. Where there are no reasons in circumstances where they are required, there is nothing to review. But where, as here, there *are* reasons, there is no such breach. Any challenge to the reasoning/result of the decision should therefore be made within the reasonableness analysis.

[23] The arbitrator in this case was called upon to engage in a simple interpretive exercise: Were casual employees entitled, *under the collective agreement*, to accumulate time towards vacation entitlements? This is classic fare for labour arbitrators. They are not writing for the courts, they are writing for the parties who have to live together for the duration of the agreement. Though not always easily realizable, the goal is to be as expeditious as possible.

[24] As George W. Adams noted:

The hallmarks of grievance arbitration are speed, economy and informality. Speedy dispute resolution is important to the maintenance of industrial peace and the ongoing economic needs of an enterprise. Adjudication that is too expensive contributes to industrial unrest by preventing the pursuit of meritorious grievances that individually involve small monetary values but collectively constitute a weathervane of employee satisfaction with the rules negotiated. The relative informality of grievance arbitration is facilitated by much less stringent procedural and evidentiary rules than those applicable to court proceedings. Informality permits direct participation by laymen, enhances the parties' understanding of the system and minimizes potential points of contention permitting everyone to focus on the merits of a dispute and any underlying problem. . . .

Huscroft, « The Duty of Fairness : From Nicholson to Baker and Beyond », dans Colleen M. Flood et Lorne Sossin, dir., *Administrative Law in Context* (2008), 115, p. 136).

[22] Le manquement à une obligation d'équité procédurale constitue certes une erreur de droit. Or, en l'absence de motifs dans des circonstances où ils s'imposent, il n'y a rien à contrôler. Cependant, dans les cas où, comme en l'espèce, *il y en a*, on ne saurait conclure à un tel manquement. Le raisonnement qui sous-tend la décision/le résultat ne peut donc être remis en question que dans le cadre de l'analyse du caractère raisonnable de celle-ci.

[23] L'arbitre en l'espèce avait pour tâche de se livrer à un simple exercice d'interprétation : *la convention collective accordait-elle* aux employés occasionnels le droit d'accumuler des congés annuels payés? Pour les arbitres en relations de travail, il s'agit d'un cas classique d'interprétation d'une convention collective. Lorsqu'ils rendent des décisions, les arbitres s'adressent non pas aux cours de justice, mais aux parties, qui doivent se côtoyer pour la durée de la convention collective. Bien que cela ne soit pas toujours facilement réalisable, le but est de rendre des décisions le plus rapidement possible.

[24] Comme l'a fait remarquer George W. Adams :

[TRADUCTION] La célérité, l'économie et l'absence de formalisme caractérisent l'arbitrage des griefs. Il importe de régler rapidement les différends pour maintenir la paix industrielle et répondre aux besoins économiques permanents de l'entreprise. Un traitement trop coûteux des griefs favorise les conflits de travail en empêchant la poursuite de griefs fondés qui, pris individuellement, portent sur de faibles sommes d'argent mais qui, collectivement, donnent une idée de la satisfaction des employés à l'égard des règles négociées. Des règles beaucoup moins strictes en matière de procédure et de preuve que celles applicables aux instances judiciaires contribuent à l'absence relative de formalisme de l'arbitrage des griefs. Or, cette absence de formalisme favorise la participation directe de profanes, accroît la connaissance qu'ont les parties du système et minimise les points de désaccord éventuels, ce qui donne à tous les intéressés l'occasion de se concentrer sur le fond d'un différend et les problèmes qui en sont la cause. . . .

... appeal to a higher authority by way of judicial review may be needed to correct egregious errors, to prevent undue extension of arbitral power and to integrate the narrow expertise of arbitrators into the general values of the legal system. The very existence of judicial review can be a healthy check on the improper exercise of arbitral responsibility and discretion. [Emphasis added.]

(*Canadian Labour Law* (2nd ed. (loose-leaf)), vol. 1, at §§4.1100 to 4.1110)

[25] Arbitration allows the parties to the agreement to resolve disputes as quickly as possible knowing that there is the relieving prospect not of judicial review, but of negotiating a new collective agreement with different terms at the end of two or three years. This process would be paralyzed if arbitrators were expected to respond to every argument or line of possible analysis.

[26] In this case, the reasons showed that the arbitrator was alive to the question at issue and came to a result well within the range of reasonable outcomes. I would dismiss the appeal with costs.

Appeal dismissed with costs.

Solicitor for the appellant: David G. Conway, St. John's.

Solicitors for the respondents: Stewart McKelvey, St. John's.

... il peut être nécessaire de faire appel, par voie de contrôle judiciaire, à une autorité supérieure en vue de corriger des erreurs flagrantes, prévenir l'accroissement indu du pouvoir des arbitres et intégrer l'expertise restreinte de ceux-ci aux valeurs générales du système juridique. L'existence même du contrôle judiciaire peut se révéler un obstacle salutaire à l'exercice irrégulier, par les arbitres, de leurs fonctions et de leur pouvoir discrétionnaire. [Je souligne.]

(*Canadian Labour Law* (2^e éd. (feuilles mobiles)), vol. 1, §§4.1100 à 4.1110)

[25] L'arbitrage permet aux parties à la convention collective de régler leurs différends dans les plus brefs délais, tout en sachant que la solution de rechange consiste non pas à se pourvoir en contrôle judiciaire, mais à négocier dans deux ou trois ans une nouvelle convention collective contenant des modalités différentes. Ce processus serait paralysé si l'on exigeait des arbitres qu'ils répondent à tous les arguments ou modes possibles d'analyse.

[26] En l'espèce, il ressort des motifs que l'arbitre avait bien saisi la question en litige et qu'il est parvenu à un résultat faisant sans aucun doute partie des issues possibles raisonnables. Je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureur de l'appelante : David G. Conway, St. John's.

Procureurs des intimées : Stewart McKelvey, St. John's.

ISSN 0045-4230

If undelivered, return to:
Publishing & Depository Services
Public Works and Government Services
Ottawa, Ontario
Canada K1A 0S5

En cas de non-livraison, retourner à :
Éditions et Services de dépôts
Travaux publics et Services gouvernementaux
Ottawa (Ontario)
Canada K1A 0S5

Available from:
Publishing & Depository Services
Public Works and Government Services
Ottawa, Ontario - Canada K1A 0S5
<http://publications.gc.ca>

En vente auprès de :
Éditions et Services de dépôts
Travaux publics et Services gouvernementaux
Ottawa (Ontario) - Canada K1A 0S5
<http://publications.gc.ca>



**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Part 4, 2011 Vol. 3

and Tables

Cited as [2011] 3 S.C.R. { i-l
721-908

4^e cahier, 2011 Vol. 3

et Tables

Renvoi [2011] 3 R.C.S. { i-l
721-908

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

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

Deputy Registrar / Registraire adjointe
MARY MCFADYEN

General Counsel / Avocate générale
BARBARA KINCAID

Chief Law Editor / Arrêtiste en chef
J. DAVID POWER

Senior Counsel / Avocate-conseil
JULIE TERRIEN

Legal Counsel / Conseillers juridiques		
CLAIRE ZOË BIDER-HALL	LEE ANN GORMAN	LOUISE SAVARD
JANICE CHENEY	KAREN LEVASSEUR	IDA SMITH
HARLEY D'AOÛT	JOANNE NORMAN	JACQUELINE STENCEL
CHANTAL DEMERS	BERNARD OLIVIER	LESLI TAKAHASHI
VALERIE DESJARLAIS	LORRAINE PILETTE	CAMERON TAYLOR
GENEVIÈVE DOMEY	RÉMI SAMSON	RENÉE MARIA TREMBLAY

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

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

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

Technical Revisors / Réviseurs techniques		
SUZANNE AUDET	PAULINE MCTAVISH	PETER O'DOHERTY
NANCY MCCAUGHAN	ANNE-MARIE NOËL	JEAN-FRANÇOIS SCHAAN

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

Administrative Assistants / Adjointes administratifs
SÉBASTIEN GAGNÉ MANON PLOUFFE

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

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

CONTENTS

Title Page	i
List of Judges	ii
Errata	iv
Motions	v
Table of Judgments	xiii
Table of Cases Cited	xvii
Statutes and Regulations Cited.....	xli
Authors Cited.....	xlvi
Index	897

Copthorne Holdings Ltd. v. Canada 721

Taxation — Income tax — Tax avoidance — Interpretation and application of general anti-avoidance rule — Series of transactions involving paid-up capital of a corporation — Treatment of paid-up capital upon amalgamation — Withholding tax on deemed dividend — Whether these transactions resulted in a tax benefit — Was the transaction giving rise to tax benefit an avoidance transaction — Interpretation of “contemplation” in the test for a statutory series — Whether transaction or series of transactions results in abuse and misuse of Income Tax Act — Whether general anti-avoidance rule applicable to deny tax benefit — Income Tax Act, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.), ss. 84(3), 87(3), 89(1), 245(1) to (5), 248(10).

L.M.P. v. L.S. 775

Family law — Support — Spousal support — Variation — Material change in circumstances — Court order incorporating terms of separation agreement — Husband applying to reduce and terminate spousal support order on basis of change in his financial circumstances and wife’s failure to become self-sufficient since the date of order — What is proper approach to application for variation of spousal support order under s. 17(4.1) of the Divorce Act where support terms of agreement have been incorporated into an order? — Whether approach differs from initial applications for spousal support under s. 15.2 — Divorce Act, R.S.C. 1985, c. 3 (2nd Supp.), ss. 15.2 and 17.

R.P. v. R.C. 819

Family law — Support — Spousal support — Variation — Material change in circumstances — Husband applying to terminate spousal support order on basis of his retirement and the market downturn — Husband not adducing evidence of his financial circumstances at time of original support order or of status of investments at the time of variation — Order gradually reducing then terminating support for 80-year-old wife — Whether husband had established

Continued on next page

SOMMAIRE

Page titre	i
Liste des juges.....	iii
Errata	iv
Requêtes.....	v
Table des jugements.....	xv
Table de la jurisprudence.....	xxix
Lois et règlements cités	xliii
Doctrine citée	xlvi
Index	903

Copthorne Holdings Ltd. c. Canada 721

Droit fiscal — Impôt sur le revenu — Évitement fiscal — Interprétation et application de la règle générale anti-évitement — Série d’opérations mettant en jeu le capital versé d’une société — Sort du capital versé en cas de fusion — Retenue d’impôt sur un dividende réputé — Un avantage fiscal a-t-il découlé de ces opérations? — L’opération ayant généré l’avantage fiscal était-elle une opération d’évitement? — Interprétation du terme anglais « contemplation » dans la définition légale d’une série — L’opération ou la série d’opérations constitue-t-elle un abus dans l’application de la Loi de l’impôt sur le revenu? — La règle générale anti-évitement permet-elle de supprimer l’avantage fiscal? — Loi de l’impôt sur le revenu, L.R.C. 1985, ch. 1 (5^e suppl.), art. 84(3), 87(3), 89(1), 245(1) à (5), 248(10).

L.M.P. c. L.S. 775

Droit de la famille — Aliments — Pension alimentaire au profit d’un époux — Modification — Changement important dans la situation — Dispositions d’une entente de séparation intégrées dans une ordonnance judiciaire — Demande de réduction et de cessation de la pension alimentaire au profit de l’épouse fondée sur un changement dans la situation financière de l’époux et sur le défaut de l’épouse de devenir autonome depuis la date de l’ordonnance — Quelle approche s’applique, en vertu de l’art. 17(4.1) de la Loi sur le divorce, à l’examen d’une demande de modification d’une ordonnance alimentaire au profit d’un époux à laquelle les dispositions alimentaires d’une entente ont été intégrées? — Cette approche diffère-t-elle de celle requise par l’art. 15.2 lors d’une demande initiale de pension alimentaire au profit d’un époux? — Loi sur le divorce, L.R.C. 1985, ch. 3 (2^e suppl.), art. 15.2 et 17.

R.P. c. R.C. 819

Droit de la famille — Aliments — Pension alimentaire au profit d’un époux — Modification — Changement de

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

that there had been a material change in circumstances since the original support order — Divorce Act, R.S.C. 1985, c. 3 (2nd Supp.), s. 17(4.1) — Rules of practice of the Superior Court of Québec in family matters, R.R.Q. 1981, c. C-25, r. 9, rule 39.

Reference re *Securities Act* 837

Constitutional law — Division of powers — Trade and commerce — Securities — Whether proposed legislation valid under general branch of federal power to regulate trade and commerce — Constitution Act, 1867, s. 91(2).

SOMMAIRE (Fin)

situation important — Demande de cessation de l'ordonnance alimentaire au profit de l'épouse en raison de la retraite de l'époux et du repli du marché — Aucune preuve produite par l'époux concernant sa situation financière au moment de l'ordonnance alimentaire initiale ou l'état de ses placements au moment de la demande de modification — Ordonnance de réduction graduelle, puis de cessation de la pension alimentaire au profit de l'épouse âgée de 80 ans — L'époux a-t-il établi la survenance d'un changement de situation important depuis l'ordonnance alimentaire initiale? — Loi sur le divorce, L.R.C. 1985, ch. 3 (2^e suppl.), art. 17(4.1) — Règles de pratique de la Cour supérieure du Québec en matière familiale, R.R.Q. 1981, ch. C-25, r. 9, règle 39.

Renvoi relatif à la *Loi sur les valeurs mobilières* 837

Droit constitutionnel — Partage des compétences — Trafic et commerce — Valeurs mobilières — La loi proposée est-elle valide comme relevant du volet général du pouvoir fédéral de réglementation en matière de trafic et de commerce? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(2).



2011 Volume 3

Canada Supreme Court Reports Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada

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

ROGER BILODEAU, Q.C. / c.r.

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

Deputy Registrar / Registraire adjointe
MARY MCFADYEN

General Counsel / Avocate générale
BARBARA KINCAID

Chief Law Editor / Arrêtiste en chef
J. DAVID POWER

Senior Counsel / Avocate-conseil
JULIE TERRIEN

Legal Counsel / Conseillers juridiques

CLAIRE ZOË BIDER-HALL
JANICE CHENEY
HARLEY D'AOÛT
CHANTAL DEMERS
VALERIE DESJARLAIS
GENEVIÈVE DOMEY

LEE ANN GORMAN
KAREN LEVASSEUR
JOANNE NORMAN
BERNARD OLIVIER
LORRAINE PILETTE
RÉMI SAMSON

LOUISE SAVARD
IDA SMITH
JACQUELINE STENCEL
LESLI TAKAHASHI
CAMERON TAYLOR
RENÉE MARIA TREMBLAY

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

Jurilinguists / Jurilinguistes

DAVID AUBRY
STEPHEN BALOGH

MARIE RODRIGUE

MARIE-LUC SIMONEAU
CLAIRE VALLÉE

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

Technical Revisors / Réviseurs techniques

SUZANNE AUDET
NANCY MCCAUGHAN

PAULINE MCTAVISH
ANNE-MARIE NOËL

PETER O'DOHERTY
JEAN-FRANÇOIS SCHAAN

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

Administrative Assistants / Adjoints administratifs
SÉBASTIEN GAGNÉ MANON PLOUFFE

JUDGES
OF THE
SUPREME COURT OF CANADA

The Right Honourable BEVERLEY McLACHLIN, P.C., *Chief Justice of Canada*

The Honourable LOUIS LEBEL

The Honourable MARIE DESCHAMPS

The Honourable MORRIS FISH

The Honourable ROSALIE SILBERMAN ABELLA

The Honourable MARSHALL ROTHSTEIN

The Honourable THOMAS ALBERT CROMWELL

The Honourable MICHAEL J. MOLDAVER

The Honourable ANDROMACHE KARAKATSANIS

On the 30th day of August 2011, the Honourable LOUISE CHARRON, a Puisne Judge of the Supreme Court of Canada, resigned from the Bench.

On the 20th day of October 2011, the Honourable WILLIAM IAN CORNEIL BINNIE, a Puisne Judge of the Supreme Court of Canada, resigned from the Bench.

On the 21st day of October 2011, the Honourable MICHAEL J. MOLDAVER, a Judge of the Court of Appeal of Ontario, was appointed a Puisne Judge of the Supreme Court of Canada.

On the 21st day of October 2011, the Honourable ANDROMACHE KARAKATSANIS, a Judge of the Court of Appeal of Ontario, was appointed a Puisne Judge of the Supreme Court of Canada.

JUGES
DE LA
COUR SUPRÊME DU CANADA

La très honorable BEVERLEY MCLACHLIN, C.P., *Juge en chef du Canada*

L'honorable LOUIS LeBEL

L'honorable MARIE DESCHAMPS

L'honorable MORRIS FISH

L'honorable ROSALIE SILBERMAN ABELLA

L'honorable MARSHALL ROTHSTEIN

L'honorable THOMAS ALBERT CROMWELL

L'honorable MICHAEL J. MOLDAVER

L'honorable ANDROMACHE KARAKATSANIS

L'honorable LOUISE CHARRON, juge puînée à la Cour suprême du Canada, a résigné ses fonctions le 30 août 2011.

L'honorable WILLIAM IAN CORNEIL BINNIE, juge puîné à la Cour suprême du Canada, a résigné ses fonctions le 20 octobre 2011.

Le 21 octobre 2011, l'honorable MICHAEL J. MOLDAVER, juge de la Cour d'appel de l'Ontario, a été nommé juge puîné à la Cour suprême du Canada.

Le 21 octobre 2011, l'honorable ANDROMACHE KARAKATSANIS, juge de la Cour d'appel de l'Ontario, a été nommée juge puînée à la Cour suprême du Canada.

ERRATA

- [1980] 1 S.C.R., p. 775, line 21 of the French version. Read “manière” instead of “matière”.
- [1980] 2 S.C.R., pp. 519-20, last three lines (p. 519) and first two lines (p. 520) of the French version. Read “Certains troubles mentaux momentanés pourraient toutefois demeurer impossibles à catégoriser correctement, à partir d’une déclaration générale, lorsqu’il s’agit de déterminer s’ils constituent une « maladie mentale »; ils doivent donc être catégorisés au cas par cas.” instead of “Toutefois, on ne peut, à partir d’une affirmation générale, qualifier à bon droit de, «maladies mentales» des troubles mentaux momentanés et particuliers: chaque cas est un cas d’espèce.”
- [1992] 2 S.C.R., p. 901, line j1 of the French version. Read “pourraient toutefois demeurer impossibles” instead of “demeurent toutefois impossibles”.
- [1992] 2 S.C.R., p. 902, line 2 of the French version. Read “au cas par cas” instead of “cas par cas”.
- [1996] 2 S.C.R., p. 553, para. 55, line 12 of the French version. Read “faisaient” instead of “faisait”.
- [2005] 2 S.C.R., p. 245, para. 50, line 6 of the French version. Read “droit” instead of “doit”.
- [2008] 1 S.C.R., p. 225, para. 59, line 3 of the French version. Read “véritablement à la compétence.” instead of “véritablement à la compétence ou à la constitutionnalité.”
- [2008] 1 S.C.R., p. 225, para. 59, line 5 of the French version. Read “à la compétence afin” instead of “à la constitutionnalité afin”.
- [2008] 1 S.C.R., p. 226, para. 59, line 4 of the French version. Read “question de compétence.” instead of “question de compétence ou de constitutionnalité.”
- [2008] 1 S.C.R., p. 264, para. 158, line 4 of the French version. Read “débarrassé” instead of “débarassé”.
- [1980] 1 R.C.S., p. 775, ligne 21 de la version française. Lire « manière » au lieu de « matière ».
- [1980] 2 R.C.S., p. 519-520, les trois dernières lignes (p. 519) et les deux premières lignes (p. 520) de la version française. Lire « Certains troubles mentaux momentanés pourraient toutefois demeurer impossibles à catégoriser correctement, à partir d’une déclaration générale, lorsqu’il s’agit de déterminer s’ils constituent une « maladie mentale »; ils doivent donc être catégorisés au cas par cas. » au lieu de « Toutefois, on ne peut, à partir d’une affirmation générale, qualifier à bon droit de, «maladies mentales» des troubles mentaux momentanés et particuliers: chaque cas est un cas d’espèce. »
- [1992] 2 R.C.S., p. 901, ligne j1 de la version française. Lire « pourraient toutefois demeurer impossibles » au lieu de « demeurent toutefois impossibles ».
- [1992] 2 R.C.S., p. 902, ligne 2 de la version française. Lire « au cas par cas » au lieu de « cas par cas ».
- [1996] 2 R.C.S., p. 553, para. 55, ligne 12 de la version française. Lire « faisaient » au lieu de « faisait ».
- [2005] 2 R.C.S., p. 245, para. 50, ligne 6 de la version française. Lire « droit » au lieu de « doit ».
- [2008] 1 R.C.S., p. 225, para. 59, ligne 3 de la version française. Lire « véritablement à la compétence. » au lieu de « véritablement à la compétence ou à la constitutionnalité. »
- [2008] 1 R.C.S., p. 225, para. 59, ligne 5 de la version française. Lire « à la compétence afin » au lieu de « à la constitutionnalité afin ».
- [2008] 1 R.C.S., p. 226, para. 59, ligne 4 de la version française. Lire « question de compétence. » au lieu de « question de compétence ou de constitutionnalité. »
- [2008] 1 R.C.S., p. 264, para. 158, ligne 4 de la version française. Lire « débarrassé » au lieu de « débarassé ».

MOTIONS — REQUÊTES

(September 1 to December 31, 2011 – 1^{er} septembre au 31 décembre 2011)

- 2731-9359 Québec Inc. c. Morency, Tremblay, Lemieux, Fortin*, (Qc), 34220, leave to appeal refused with costs, 22.9.11, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- A.B. v. Bragg Communications Inc.*, (N.S.), 34240, leave to appeal granted with costs in the cause, 13.10.11, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.
- Aéroports de Montréal c. Compagnie d'Assurance St-Paul Garantie*, (Qc), 34250, leave to appeal refused with costs, 20.10.11, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Agence du revenu du Québec c. Agence du revenu du Canada*, (Qc), 34393, leave to appeal granted with costs in the cause, 15.12.11, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.
- Agence du revenu du Québec c. Services Environnementaux AES Inc.*, (Qc), 34235, leave to appeal granted with costs in the cause, 13.10.11, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.
- Agraira v. Minister of Public Safety and Emergency Preparedness*, (F.C.), 34258, leave to appeal granted with costs in the cause, 8.12.11, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.
- Annapolis County District School Board v. Marshall*, (N.S.), 34189, leave to appeal granted with costs in the cause, 13.10.11, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.
- Attorney General of Canada v. Kane*, (F.C.), 34147, leave to appeal granted with costs in the cause, 1.12.11, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.
- Attorney General of Canada on behalf of the United States of America v. Khadr*, (Ont.) (Crim.), 34357, leave to appeal refused, 3.11.11, autorisation d'appel refusée.
- Audet c. Landry*, (Qc), 34261, leave to appeal refused, 13.10.11, autorisation d'appel refusée.
- B.A.T. Industries P.L.C. v. New Brunswick*, (N.B.), 34265, leave to appeal refused with costs, 13.10.11, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Ballard v. The Queen*, (F.C.), 34237, leave to appeal refused with costs, 17.11.11, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Basic v. Strata Plan LMS 0304*, (B.C.), 34298, leave to appeal refused with costs, 13.10.11, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Beaulne c. Alliance de la fonction publique du Canada*, (C.F.), 34256, leave to appeal refused with costs, 8.9.11, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Benmammar c. Ville de Montréal*, (Qc), 34269, leave to appeal refused with costs, 22.9.11, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Bercier c. Smith*, (Ont.), 34088, leave to appeal refused with costs, 8.9.11, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Bisaga v. Canada Trust Co.*, (Ont.), 34414, leave to appeal refused with costs, 24.11.11, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Bishop v. Bishop*, (Ont.), 34271, leave to appeal refused with costs, 20.10.11, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Black v. The Queen*, (N.B.) (Crim.), 34274, leave to appeal refused, 3.11.11, autorisation d'appel refusée.

- Bozzo v. Duca Financial Services Credit Union Ltd.*, (Ont.), 34410, leave to appeal refused with costs, 22.12.11, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- British American Tobacco (Investments) Ltd. v. New Brunswick*, (N.B.), 34264, leave to appeal refused with costs, 13.10.11, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- British American Tobacco P.L.C. v. New Brunswick*, (N.B.), 34263, leave to appeal refused with costs, 13.10.11, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Brossard c. Péladeau*, (Qc), 34247, leave to appeal refused with costs, 22.9.11, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Brousseau c. Desjardins Assurances générales inc.*, (Qc), 34254, leave to appeal refused, 24.11.11, autorisation d'appel refusée.
- Burcevski v. Ambrozic*, (Alta.), 34433, leave to appeal refused with costs, 8.12.11, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- C.B. Powell Ltd. v. President of the Canada Border Services Agency*, (F.C.), 34311, leave to appeal refused with costs, 3.11.11, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Callaghan v. Chief Electoral Officer of Canada*, (F.C.), 34232, leave to appeal granted with costs, 20.10.11, autorisation d'appel accordée avec dépens.
- Camping Granby inc. c. Ville de Granby*, (Qc), 34338, leave to appeal refused with costs, 3.11.11, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Cardinal v. The Queen*, (Alta.), 34223, leave to appeal refused, 20.10.11, autorisation d'appel refusée.
- Carreras Rothmans Ltd. v. New Brunswick*, (N.B.), 34266, leave to appeal refused with costs, 13.10.11, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Carten v. Canada*, (F.C.), 34257, leave to appeal refused with costs, 13.10.11, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Chélin c. Université du Québec à Montréal*, (Qc), 34150, leave to appeal refused with costs, 8.9.11, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Children's Aid Society of the Regional Municipality of Waterloo v. Child and Family Services Review Board*, (Ont.), 34432, leave to appeal refused with costs, 8.12.11, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- City of New Westminster v. Lennox*, (B.C.), 34303, leave to appeal refused with costs, 27.10.11, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- CMRRA-SODRAC Inc. v. Canadian Satellite Radio Inc.*, (F.C.), 34092, leave to appeal refused with costs, 20.10.11, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Cogeco Cable Inc. v. Bell Media Inc.*, (F.C.), 34231, leave to appeal granted with costs in the cause, 29.9.11, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.
- Cojocar v. British Columbia Women's Hospital and Health Center*, (B.C.), 34304, leave to appeal granted with costs in the cause, 24.11.11, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.
- Compagnie de chemin de fer du littoral nord de Québec et du Labrador inc. c. Sodexho Québec ltée*, (Qc), 34129, leave to appeal refused with costs, 8.9.11, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Composite Technologies et Innovation CTI Inc. c. Baultar Concept Inc.*, (Qc), 34365, leave to appeal refused with costs, 20.10.11, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Constructions Louisbourg ltée c. Agence du revenu du Québec*, (Qc), 34490, leave to appeal refused with costs, 15.12.11, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Corporation d'Entretien d'Ascenseur Indépendant v. J.E. Verreault & Fils Ltée*, (Que.), 34310, leave to appeal refused, 20.10.11, autorisation d'appel refusée.
- Cuthbertson v. Rasouli*, (Ont.), 34362, leave to appeal granted, 22.12.11, autorisation d'appel accordée.

- D.V.B. v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 34227, leave to appeal refused, 29.9.11, autorisation d'appel refusée.
- DataNet Information Systems, Inc. v. Belzil*, (Alta.), 34196, leave to appeal refused with costs, 29.9.11, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Dehkissia c. Kaliaguine*, (Qc), 34169, leave to appeal refused, 22.9.11, autorisation d'appel refusée.
- Dibattista*Gambin Developments Ltd. v. Ballantry Homes (Fletcher's Meadow) Inc.*, (Ont.), 34219, leave to appeal refused with costs, 6.10.11, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Ditomene c. Syndicat du personnel enseignant du Cégep de Sherbrooke*, (Qc), 34385, leave to appeal refused, 8.12.11, autorisation d'appel refusée.
- Doucet v. Spielo Manufacturing Inc.*, (N.B.), 34356, leave to appeal refused with costs and leave to cross-appeal refused, 24.11.11, autorisation d'appel refusée avec dépens et autorisation d'appel incident refusée.
- Drake v. Corporation of the City of Stratford*, (Ont.), 34197, leave to appeal refused with costs, 22.9.11, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Duni c. Robinson Sheppard Shapiro*, (Qc), 34312, leave to appeal refused, 22.9.11, autorisation d'appel refusée.
- Duong v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 34340, leave to appeal granted, 17.11.11, autorisation d'appel accordée.
- Earhart v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 34351, leave to appeal refused, 8.12.11, autorisation d'appel refusée.
- Elgert v. Home Hardware Stores Ltd.*, (Alta.), 34335, leave to appeal refused with costs, 24.11.11, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Elgner v. Elgner*, (Ont.), 34372, leave to appeal refused with costs, 17.11.11, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Eli Lilly and Company v. Teva Canada Ltd.*, (F.C.), 34396, leave to appeal refused with costs, 8.12.11, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Evans v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 34314, leave to appeal refused, 24.11.11, autorisation d'appel refusée.
- F.F. c. M.J.*, (Qc), 34226, leave to appeal refused with costs, 22.9.11, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Fezzani c. Place Versailles Inc.*, (Qc), 34315, leave to appeal refused, 6.10.11, autorisation d'appel refusée.
- Fuoco c. Ville de Montréal*, (Qc), 34238, leave to appeal refused with costs, 8.12.11, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Gagné c. La Reine*, (Qc) (Crim.), 34221, leave to appeal refused, 8.9.11, autorisation d'appel refusée.
- Gauthier c. Leduc*, (Qc), 34307, leave to appeal refused with costs, 24.11.11, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Gordon c. Mailloux*, (Qc), 34354, leave to appeal refused with costs, 8.12.11, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Goulet c. La Reine*, (C.F.), 34388, leave to appeal refused with costs, 22.12.11, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Gupta v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 34313, leave to appeal refused, 20.10.11, autorisation d'appel refusée.
- Harris v. Harris*, (N.S.), 34070, leave to appeal refused, 22.9.11, autorisation d'appel refusée.
- Howard v. Investissement Québec*, (Que.), 34291, leave to appeal refused with costs, 10.11.11, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Hughes v. The Queen*, (B.C.) (Crim.), 34369, leave to appeal refused, 24.11.11, autorisation d'appel refusée.
- Hurtubise c. La Reine*, (Qc) (Crim.), 34181, leave to appeal refused, 22.9.11, autorisation d'appel refusée.
- Information and Privacy Commissioner of Alberta v. Leon's Furniture Ltd.*, (Alta.), 34279, leave to appeal refused, 24.11.11, autorisation d'appel refusée.
- J.F. v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 34284, leave to appeal granted, 20.10.11, autorisation d'appel accordée.

- Jampen c. British Airways*, (Qc), 34293, leave to appeal refused with costs, 20.10.11, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Jim Pattison Enterprises Ltd. v. Workers' Compensation Board of British Columbia*, (B.C.), 34182, leave to appeal refused with costs, 27.10.11, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Jiwani v. Royal and SunAlliance Canada*, (Alta.), 34416, leave to appeal refused with costs, 17.11.11, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- John v. National Parole Board*, (B.C.) (Crim.), 34309, leave to appeal refused, 1.12.11, autorisation d'appel refusée.
- K.B. v. University of Regina Faculty Association*, (Sask.), 34236, leave to appeal refused with costs, 20.10.11, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- K.L.K. v. E.J.G.K.*, (B.C.), 34431, leave to appeal refused with costs, 8.12.11, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- L.G. c. C.P.*, (Qc), 34281, notice of discontinuance filed, 1.11.11, avis de désistement produit.
- L.M. c. E.A.*, (Qc), 34339, leave to appeal refused, 22.12.11, autorisation d'appel refusée.
- La Presse, ltée c. Poulin*, (Qc), 34371, leave to appeal refused with costs, 8.12.11, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Le c. Banque de Montréal*, (Qc), 34334, leave to appeal refused with costs, 20.10.11, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Leiviska v. The Queen*, (B.C.) (Crim.), 34276, leave to appeal refused, 20.10.11, autorisation d'appel refusée.
- Lemieux v. Barreau du Québec*, (Que.), 34295, leave to appeal refused, 6.10.11, autorisation d'appel refusée.
- Lévesque c. La Reine*, (Qc) (Crim.), 34417, leave to appeal granted, 15.12.11, autorisation d'appel accordée.
- Levkovic v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 34229, leave to appeal granted, 20.10.11, autorisation d'appel accordée.
- Lindsay v. The Queen*, (B.C.) (Crim.), 34331, leave to appeal refused, 6.10.11, autorisation d'appel refusée.
- Long v. The Queen*, (F.C.), 34280, leave to appeal refused with costs, 13.10.11, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Love v. Acuity Investment Management Inc.*, (Ont.), 34206, leave to appeal refused with costs, 22.9.11, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Lukezic v. Royal Bank of Canada*, (Ont.), 34332, leave to appeal refused with costs, 20.10.11, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- M-Systems Flash Disk Pioneers Ltd. v. Commissioner of Patents*, (F.C.), 34275, leave to appeal refused with costs, 27.10.11, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- MacDonald v. MacDonald*, (N.B.), 34273, leave to appeal refused with costs, 22.9.11, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Manoir Richelieu Ltée c. Travailleurs et travailleuses unis de l'alimentation et du commerce, section locale 503*, (Qc), 34370, leave to appeal refused with costs, 1.12.11, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Martin v. Lavigne*, (B.C.), 34246, leave to appeal refused with costs, 3.11.11, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Mayer c. La Reine*, (Qc) (Crim.), 34180, leave to appeal refused, 22.9.11, autorisation d'appel refusée.
- McInnis v. Metro Credit Union Ltd.*, (P.E.I.), 34287, leave to appeal refused with costs, 27.10.11, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Minardi v. The Queen*, (F.C.), 34399, leave to appeal refused with costs, 24.11.11, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Monteith v. The Queen*, (N.B.) (Crim.), 33956, leave to appeal refused, 29.9.11, autorisation d'appel refusée.

- Nadeau Poultry Farm Ltd. v. Groupe Westco Inc.*, (F.C.), 34401, leave to appeal refused with costs, 22.12.11, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Ndima v. Winnipeg Housing Rehabilitation Corp.*, (Man.), 34382, leave to appeal refused with costs, 8.12.11, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Nicholson v. The Queen*, (Alta.) (Crim.), 34455, leave to appeal refused, 22.12.11, autorisation d'appel refusée.
- Nilsen v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 34322, leave to appeal refused, 20.10.11, autorisation d'appel refusée.
- Nop v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 34437, leave to appeal refused, 8.12.11, autorisation d'appel refusée.
- Norman v. Attorney General of Canada on behalf of the United States of America*, (Ont.) (Crim.), 34285, leave to appeal refused, 13.10.11, autorisation d'appel refusée.
- Nqumayo v. The Queen*, (Alta.) (Crim.), 34186, leave to appeal refused, 22.9.11, autorisation d'appel refusée.
- Oblates of Mary Immaculate v. Clark*, (Ont.), 34378, leave to appeal refused with costs, 8.12.11, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Oh v. City of Burnaby*, (B.C.), 34373, leave to appeal refused with costs, 8.12.11, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Orphanou v. Attorney General of Canada on behalf of the United States of America*, (Ont.) (Crim.), 34449, notice of discontinuance filed, 24.10.11, avis de désistement produit.
- Osadchuk c. Financière Banque Nationale inc.*, (Qc), 34159, leave to appeal refused with costs, 1.9.11, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Osrose-Pentox Inc. v. Société Laurentide Inc.*, (F.C.), 34175, leave to appeal refused, 22.9.11, autorisation d'appel refusée.
- Osprey Marine Ltd. v. Workers' Compensation Board of British Columbia*, (B.C.), 34178, leave to appeal refused with costs, 27.10.11, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- P.C. v. P.M.*, (Que.), 34259, leave to appeal refused with costs, 22.9.11, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Painchaud c. Usinage M.D. (2006) Inc.*, (Qc), 34320, leave to appeal refused, 20.10.11, autorisation d'appel refusée.
- Paquette c. Nutrition Fitness Cardio Inc.*, (Qc), 34328, leave to appeal refused with costs, 20.10.11, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Parent v. Attorney General of Canada*, (Ont.), 34225, leave to appeal refused with costs, 20.10.11, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Paul v. The Queen*, (B.C.) (Crim.), 34260, leave to appeal refused, 22.12.11, autorisation d'appel refusée.
- Pearlman v. Atlantic Trading Co.*, (B.C.), 33691, leave to appeal refused, 24.11.11, autorisation d'appel refusée.
- Pétroles Dupont Inc. v. The Queen*, (F.C.), 34215, leave to appeal refused with costs, 1.12.11, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Pietrangelo v. Gore Mutual Insurance Co.*, (Ont.), 34216, leave to appeal refused with costs, 20.10.11, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Pitre c. Gestion GB-7 Inc.*, (Qc), 34166, leave to appeal refused with costs, 8.9.11, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Power v. Institute of Chartered Accountants of Ontario*, (Ont.), 34400, leave to appeal refused with costs, 8.12.11, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Pro-Sys Consultants Ltd. v. Microsoft Corp.*, (B.C.), 34282, leave to appeal granted with costs in the cause, 1.12.11, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.

- Provost c. Conseil de la magistrature du Québec*, (Qc), 34267, leave to appeal refused, 22.9.11, autorisation d'appel refusée.
- R. v. A.D.H.*, (Sask.) (Crim.), 34132, leave to appeal granted, 20.10.11, autorisation d'appel accordée.
- R. v. Bernard*, (N.S.) (Crim.), 34421, leave to appeal refused, 8.12.11, autorisation d'appel refusée.
- R. c. Carrier*, (Qc) (Crim.), 34202, leave to appeal refused, 20.10.11, autorisation d'appel refusée.
- R. v. Cole*, (Ont.) (Crim.), 34268, leave to appeal granted, 20.10.11, autorisation d'appel accordée.
- R. v. Effert*, (Alta.) (Crim.), 34344, leave to appeal refused, 13.10.11, autorisation d'appel refusée.
- R. v. L.B.*, (Ont.) (Crim.), 34230, leave to appeal refused, 13.10.11, autorisation d'appel refusée.
- R. c. Losier*, (N.-B.) (Crim.), 34572, notice of discontinuance filed, 21.12.11, avis de désistement produit.
- R. c. Neault*, (Qc) (Crim.), 34248, leave to appeal refused, 13.10.11, autorisation d'appel refusée.
- R. v. Rivera*, (Ont.) (Crim.), 34270, leave to appeal refused, 29.9.11, autorisation d'appel refusée.
- R. c. Ruel*, (Qc) (Crim.), 34201, leave to appeal refused, 20.10.11, autorisation d'appel refusée.
- R. v. Ryan*, (N.S.) (Crim.), 34272, leave to appeal granted, 20.10.11, autorisation d'appel accordée.
- R. v. Soules*, (Ont.) (Crim.), 34420, leave to appeal refused, 22.12.11, autorisation d'appel refusée.
- R.E.M. v. The Queen*, (N.S.) (Crim.), 34345, leave to appeal refused, 24.11.11, autorisation d'appel refusée.
- Ratiopharm Inc. v. Pfizer Canada Inc.*, (F.C.), 34464, leave to appeal refused with costs, 22.12.11, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Re:Sound v. Motion Picture Theatre Associations of Canada*, (F.C.), 34210, leave to appeal granted with costs in the cause, 8.9.11, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.
- Red Chris Development Co. v. Jellema*, (B.C.), 34033, notice of discontinuance filed, 12.10.11, avis de désistement produit.
- Richmond v. Balakrishnan*, (Ont.), 34306, leave to appeal refused with costs, 24.11.11, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Richmond v. The Queen*, (Ont.), 34305, leave to appeal refused, 24.11.11, autorisation d'appel refusée.
- Rosborough v. The Queen*, (B.C.) (Crim.), 34363, leave to appeal refused, 24.11.11, autorisation d'appel refusée.
- Rusnak v. Minister of National Revenue for Canada*, (F.C.), 34353, leave to appeal refused with costs, 24.11.11, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- S.H. v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 34324, leave to appeal refused, 24.11.11, autorisation d'appel refusée.
- Sagman v. Société en commandite Gaz Métro*, (Que.), 34209, leave to appeal refused with costs, 6.10.11, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Sall c. La Reine*, (Qc) (Crim.), 34239, leave to appeal refused, 20.10.11, autorisation d'appel refusée.
- Saputo Inc. v. Attorney General of Canada*, (F.C.), 34222, leave to appeal refused with costs, 24.11.11, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Scherbak v. Krawchuk*, (Ont.), 34359, leave to appeal refused with costs and leave to cross-appeal refused, 8.12.11, autorisation d'appel refusée avec dépens et autorisation d'appel incident refusée.
- Schlotfeldt v. Schlotfeldt*, (B.C.), 34329, leave to appeal refused with costs, 6.10.11, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Shanker v. Attorney General of Canada on behalf of the United States of America*, (Ont.) (Crim.), 34347, leave to appeal refused, 10.11.11, autorisation d'appel refusée.

- Sheikh v. The Queen*, (Ont.), 34330, leave to appeal refused, 3.11.11, autorisation d'appel refusée.
- Shekhdar v. K&M Engineering and Consulting Corp.*, (Ont.), 34289, leave to appeal refused with costs, 20.10.11, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Solehdin v. Capital One*, (Ont.), 34299, leave to appeal refused with costs, 20.10.11, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Solehdin v. Stern*, (Ont.), 34300, leave to appeal refused with costs, 20.10.11, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Spindler v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 34384, leave to appeal refused, 8.12.11, autorisation d'appel refusée.
- Stotland v. Wolfman-Stotland*, (B.C.), 34296, leave to appeal refused with costs, 29.9.11, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Sun Indalex Finance v. United Steelworkers*, (Ont.), 34308, leave to appeal granted with costs in the cause, 1.12.11, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.
- Sun-Rype Products Ltd. v. Archer Daniels Midland Co.*, (B.C.), 34283, leave to appeal and leave to cross-appeal granted with costs in the cause, 1.12.11, autorisation d'appel et autorisation d'appel incident accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.
- Sure Shot Sandblasting & Painting Ltd. v. Canbar West Projects Ltd.*, (Alta.), 34292, leave to appeal refused with costs, 27.10.11, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Susan Heyes Inc. v. South Coast British Columbia Transportation Authority*, (B.C.), 34224, leave to appeal refused, 20.10.11, autorisation d'appel refusée.
- Sydel v. Canada*, (B.C.), 34366, leave to appeal refused with costs, 22.12.11, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Sydel v. The Queen*, (B.C.) (Crim.), 34249, leave to appeal refused, 6.10.11, autorisation d'appel refusée.
- Syndicat des communications de Radio-Canada c. Société Radio-Canada*, (Qc), 34290, leave to appeal refused with costs, 13.10.11, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Syndicat des travailleurs d'Olympia c. Olymel*, (Qc), 34183, leave to appeal refused with costs, 22.9.11, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Tabib c. Cégep Édouard-Montpetit*, (Qc), 34302, leave to appeal refused, 13.10.11, autorisation d'appel refusée.
- Tarion Warranty Corp. v. Boros*, (Ont.), 34380, leave to appeal refused with costs, 8.12.11, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Telus Communications Co. v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 34252, leave to appeal granted, 20.10.11, autorisation d'appel accordée.
- Teva Canada Ltd. v. Sanofi-Aventis Canada Inc.*, (F.C.), 34325, leave to appeal refused with costs, 29.9.11, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Thompson v. James Fowler High School*, (Alta.), 34165, leave to appeal refused with costs, 22.9.11, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Toshiba of Canada Ltd. v. Commissioner of Competition*, (Ont.), 33619, leave to appeal refused with costs, 8.12.11, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Toussaint v. Minister of Citizenship and Immigration*, (F.C.), 34336, leave to appeal refused, 3.11.11, autorisation d'appel refusée.
- Toyota Canada Inc. c. Melley*, (Qc), 34364, leave to appeal refused with costs, 8.12.11, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Toyota Canada Inc. v. Steele*, (B.C.), 34242, leave to appeal refused with costs, 3.11.11, autorisation d'appel refusée avec dépens.

- TrueHope Nutritional Support Ltd. v. Attorney General of Canada*, (F.C.), 34278, leave to appeal refused with costs, 20.10.11, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Tshiamala c. La Reine*, (Qc) (Crim.), 34243, leave to appeal refused, 1.12.11, autorisation d'appel refusée.
- Turnel v. CBC (Dragons' Den)*, (Ont.), 34482, leave to appeal refused with costs, 8.12.11, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Ulaganathan v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 34323, leave to appeal refused, 27.10.11, autorisation d'appel refusée.
- United Parcel Service du Canada Ltée c. Directeur des poursuites criminelles et pénales*, (Qc) (Crim.), 34277, leave to appeal refused, 22.9.11, autorisation d'appel refusée.
- United States Steel Corp. v. Attorney General of Canada*, (F.C.), 34389, leave to appeal refused with costs, 24.11.11, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Usova v. Harrison*, (B.C.), 34316, leave to appeal refused with costs, 24.11.11, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- V.L. v. B.A.J.*, (B.C.), 34361, leave to appeal refused, 15.12.11, autorisation d'appel refusée.
- Valovic v. The Queen*, (Ont.), 34326, leave to appeal refused, 8.12.11, autorisation d'appel refusée.
- Vidéotron G.P. v. Telus Communications Co.*, (F.C.), 34297, leave to appeal refused with costs, 13.10.11, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Ville de Sherbrooke c. Commission des normes du travail*, (Qc), 34218, leave to appeal refused with costs, 8.9.11, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Wellington v. Ontario*, (Ont.), 34294, leave to appeal refused, 13.10.11, autorisation d'appel refusée.
- Wide v. Janvey*, (Que.), 33568, leave to appeal refused with costs, 22.12.11, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Young c. La Reine*, (Ont.) (Crim.), 34194, leave to appeal refused, 15.12.11, autorisation d'appel refusée.
- Zinc Électrolytique du Canada Ltée c. Deraspe*, (Qc), 34214, leave to appeal refused with costs, 22.9.11, autorisation d'appel refusée avec dépens.

TABLE OF JUDGMENTS

The styles of cause in the present table are the standardized styles of cause
(as expressed under the “Indexed as” entry in each case) with the necessary cross-references.

	PAGE		PAGE
A		F	
Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers’ Association	654	Figliola, British Columbia (Workers’ Compensation Board) v.	422
Alberta Teachers’ Association, Alberta (Information and Privacy Commissioner) v.	654	I	
B		Imperial Tobacco Canada Ltd., R. v.	45
Banwait, R. v.	533	Iraq, Kuwait Airways Corp. v.	42
Barros, R. v.	368	J	
Bouchard-Lebrun, R. v.	575	J.M.H., R. v.	197
British Columbia (Workers’ Compensation Board) v. Figliola	422	K	
C		Katigbak, R. v.	326
Canada, Copthorne Holdings Ltd. v.	721	Kuwait Airways Corp. v. Iraq	42
Canada (Attorney General) v. PHS Community Services Society	134	L	
Canada (Attorney General), Canada (Canadian Human Rights Commission) v.	471	L.M.P. v. L.S.	775
Canada (Attorney General), Lax Kw’alaams Indian Band v.	535	L.S., L.M.P. v.	775
Canada (Canadian Human Rights Commission) v. Canada (Attorney General)	471	Lax Kw’alaams Indian Band v. Canada (Attorney General)	535
Canada (Human Resources and Social Development), Quebec (Attorney General) v.	635	M	
Canada Post Corp., Public Service Alliance of Canada v.	572	Manitoba Association of Health Care Professionals, Nor-Man Regional Health Authority Inc. v.	616
Copthorne Holdings Ltd. v. Canada	721	N	
Côté, R. v.	215	Newfoundland and Labrador (Treasury Board), Newfoundland and Labrador Nurses’ Union v.	708
Crookes v. Newton	269		
D			
Dorfer, R. v.	366		

	PAGE		PAGE
Newfoundland and Labrador Nurses' Union v. Newfoundland and Labrador (Treasury Board)	708	R. v. Côté	215
Newton, Crookes v.	269	R. v. Dorfer	366
Nor-Man Regional Health Authority Inc. v. Manitoba Association of Health Care Pro- fessionals	616	R. v. Imperial Tobacco Canada Ltd.	45
		R. v. J.M.H.	197
P		R. v. Katigbak	326
PHS Community Services Society, Canada (Attorney General) v.	134	R. v. Sarrazin	505
Public Service Alliance of Canada v. Canada Post Corp.	572	R. v. Sinclair	3
		R. v. Topp	119
Q		R. v. Whyte	364
Quebec (Attorney General) v. Canada (Human Resources and Social Development)	635	R.C., R.P. v.	819
		R.P. v. R.C.	819
R		Reference re Securities Act	837
R. v. Banwait	533	S	
R. v. Barros	368	Sarrazin, R. v.	505
R. v. Bouchard-Lebrun	575	Sinclair, R. v.	3
		T	
		Topp, R. v.	119
		W	
		Whyte, R. v.	364

TABLE DES JUGEMENTS

Les intitulés utilisés dans cette table sont les intitulés normalisés de la rubrique « Répertoire » dans chaque arrêt et les renvois nécessaires.

	PAGE		PAGE
A		F	
Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers' Association	654	Figliola, Colombie-Britannique (Workers' Compensation Board) c.	422
Alberta Teachers' Association, Alberta (Information and Privacy Commissioner) c.	654	I	
Alliance de la fonction publique du Canada c. Société canadienne des postes	572	Imperial Tobacco Canada Ltée, R. c.	45
B		Irak, Kuwait Airways Corp. c.	42
Bande indienne des Lax Kw'alaams c. Canada (Procureur général)	535	J	
Banwait, R. c.	533	J.M.H., R. c.	197
Barros, R. c.	368	K	
Bouchard-Lebrun, R. c.	575	Katigbak, R. c.	326
C		Kuwait Airways Corp. c. Irak	42
Canada, Copthorne Holdings Ltd. c.	721	L	
Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)	471	L.M.P. c. L.S.	775
Canada (Procureur général) c. PHS Community Services Society	134	L.S., L.M.P. c.	775
Canada (Procureur général), Bande indienne des Lax Kw'alaams c.	535	M	
Canada (Procureur général), Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c.	471	Manitoba Association of Health Care Professionals, Nor-Man Regional Health Authority Inc. c.	616
Canada (Ressources humaines et Développement social), Québec (Procureur général) c.	635	N	
Colombie-Britannique (Workers' Compensation Board) c. Figliola	422	Newfoundland and Labrador Nurses' Union c. Terre-Neuve-et-Labrador (Conseil du Trésor)	708
Copthorne Holdings Ltd. c. Canada	721	Newton, Crookes c.	269
Côté, R. c.	215		
Crookes c. Newton	269		
D			
Dorfer, R. c.	366		

	PAGE		PAGE
Nor-Man Regional Health Authority Inc. c. Manitoba Association of Health Care Professionals.....	616	R. c. Sarrazin	505
		R. c. Sinclair	3
P		R. c. Topp	119
PHS Community Services Society, Canada (Procureur général) c.	134	R. c. Whyte	364
		R.C., R.P. c.	819
Q		R.P. c. R.C.	819
Québec (Procureur général) c. Canada (Ressources humaines et Développement social)	635	Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières...	837
		S	
R		Sarrazin, R. c.	505
R. c. Banwait	533	Sinclair, R. c.	3
R. c. Barros	368	Société canadienne des postes, Alliance de la fonction publique du Canada c.	572
R. c. Bouchard-Lebrun	575	T	
R. c. Côté	215	Terre-Neuve-et-Labrador (Conseil du Trésor), Newfoundland and Labrador Nurses' Union c.	708
R. c. Dorfer	366	Topp, R. c.	119
R. c. Imperial Tobacco Canada Ltée	45	W	
R. c. J.M.H.	197	Whyte, R. c.	364
R. c. Katigbak	326		

TABLE OF CASES CITED

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) v. Hudson (Town)	2001 SCC 40, [2001] 2 S.C.R. 241	647
A		
A.C. Concrete Forming Ltd. v. Residential Low Rise Forming Contractors Assn. of Metropolitan Toronto and Vicinity	2009 ONCA 292, 306 D.L.R. (4th) 251	672
Agassiz School Division No. 13 (Re)	[1997] M.G.A.D. No. 61 (QL)	623
Ahousaht Indian Band v. Canada (Attorney General)	2011 BCCA 237, 19 B.C.L.R. (5th) 20	563
Alberta v. Nilsson	2002 ABCA 283, 320 A.R. 88	671
Alberta Government Telephones v. Canada (Canadian Radio-television and Telecommunications Commission)	[1989] 2 S.C.R. 225	643
Alliance Pipeline Ltd. v. Smith	2008 FC 12, 34 C.E.L.R. (3d) 138	677
Alliance Pipeline Ltd. v. Smith	2009 FCA 110, 389 N.R. 363	677
Allman v. Amacon Property Management Services Inc.	2007 BCCA 302, 243 B.C.A.C. 52	469
Ambler v. Ambler	2004 BCCA 492, 5 R.F.L. (6th) 229	812
Angle v. Minister of National Revenue	[1975] 2 S.C.R. 248	438
Anns v. Merton London Borough Council	[1978] A.C. 728	74
Attorney-General for Canada v. Attorney-General for Ontario	[1937] A.C. 326	865
Attorney General of Canada v. Canadian National Transportation, Ltd.	[1983] 2 S.C.R. 206	872
Attorney General of Canada v. Inuit Tapirisat of Canada	[1980] 2 S.C.R. 735	67
Attorney General of Canada v. Law Society of British Columbia	[1982] 2 S.C.R. 307	163
Attorney General of Quebec v. Carrières Ste-Thérèse Ltée	[1985] 1 S.C.R. 831	494
B		
Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)	[1999] 2 S.C.R. 817	717
Barrett v. Enfield London Borough Council	[2001] 2 A.C. 550	90
Barrett v. Rosenthal	146 P.3d 510 (2006)	286, 316
Barrick Gold Corp. v. Lopehandia	(2004), 71 O.R. (3d) 416	289
Becker v. Cariboo Chevrolet Oldsmobile Pontiac Buick GMC Ltd.	2006 BCSC 43, 42 Admin. L.R. (4th) 266	462
Bell v. Ontario Human Rights Commission	[1971] S.C.R. 756	695, 703
Bell Canada v. Bell Aliant Regional Communications	2009 SCC 40, [2009] 2 S.C.R. 764	502
Bell Canada v. Quebec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)	[1988] 1 S.C.R. 749	165, 861
Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex	2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559	461
Bennett v. British Columbia (Securities Commission)	(1992), 94 D.L.R. (4th) 339	861
Berezoutskaia v. Human Rights Tribunal (B.C.)	2006 BCCA 95, 223 B.C.A.C. 71	435
Berkovitz v. United States	486 U.S. 531 (1988)	92
Bisaillon v. Keable	[1983] 2 S.C.R. 60	385
Blackwater v. Plint	2005 SCC 58, [2005] 3 S.C.R. 3	111

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
Botiuk v. Toronto Free Press Publications Ltd.	[1995] 3 S.C.R. 3	290, 307
Bou Malhab v. Diffusion Métromédia CMR inc.	2011 SCC 9, [2011] 1 S.C.R. 214	291
Boucher v. Stelco Inc.	2005 SCC 64, [2005] 3 S.C.R. 279	437
Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd. v. Saint John Shipbuilding Ltd. ...	[1997] 3 S.C.R. 1210	75
British Columbia v. Imperial Tobacco Canada Ltd.	2005 SCC 49, [2005] 2 S.C.R. 473	108
British Columbia (Attorney General) v. Canada (Attorney General) ...	[1994] 2 S.C.R. 41	693
British Columbia (Minister of Forests) v. Bugbusters Pest Management Inc.	(1998), 50 B.C.L.R. (3d) 1	453
British Columbia (Ministry of Competition, Science & Enterprise) v. Matuszewski	2008 BCSC 915, 82 Admin. L.R. (4th)	308 433
Brown v. British Columbia (Minister of Transportation and Highways)	[1994] 1 S.C.R. 420	88
Buchanan v. Jennings	[2004] UKPC 36, [2005] 1 A.C. 115	282
Bullard v. The Queen	[1957] A.C. 635	528
Bunt v. Tilley	[2006] EWHC 407, [2006] 3 All E.R. 336	283, 310
Butler v. Southam Inc.	2001 NSCA 121, 197 N.S.R. (2d) 97	291
Byrne v. Deane	[1937] 1 K.B. 818	309
C		
Canada (Attorney General) v. Bourassa (Trustee of)	2002 ABCA 205, 6 Alta. L.R. (4th) 223	650
Canada (Attorney General) v. Brooks	2006 FC 500, 291 F.T.R. 32	491
Canada (Attorney General) v. Mavi	2011 SCC 30, [2011] 2 S.C.R. 504	684
Canada (Attorney General) v. Mossop	[1993] 1 S.C.R. 554	484
Canada (Attorney General) v. Public Service Alliance of Canada	[1991] 1 S.C.R. 614	501
Canada (Attorney General) v. Stevenson	2003 FCT 341, 229 F.T.R. 297	491
Canada (Attorney General) v. TeleZone Inc.	2010 SCC 62, [2010] 3 S.C.R. 585	438
Canada (Attorney General) v. Thwaites	[1994] 3 F.C. 38	491
Canada (Canadian Human Rights Commission) v. Canada (Attorney General)	2011 SCC 53, [2011] 3 S.C.R. 471	674, 697
Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa	2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339	482, 684, 698, 714
Canada Post Corp. v. Public Service Alliance of Canada	2010 FCA 56, [2011] 2 F.C.R. 221	716
Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada	2005 SCC 54, [2005] 2 S.C.R. 601	733
Canadian National Railway Co. v. Canada (Canadian Human Rights Commission)	[1987] 1 S.C.R. 1114	480
Canadian National Railway Co. v. Norsk Pacific Steamship Co.	[1992] 1 S.C.R. 1021	75
Canadian Pacific Ltd. v. Matsqui Indian Band	[1995] 1 S.C.R. 3	670
Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.	[1979] 2 S.C.R. 227	489, 675, 703, 715
Canadian Western Bank v. Alberta	2007 SCC 22, [2007] 2 S.C.R. 3 ...	162, 642, 867
Carey v. Ontario	[1986] 2 S.C.R. 637	388
Caron v. Caron	[1987] 1 S.C.R. 892	785, 804
Carter v. B.C. Federation of Foster Parents Assn.	2005 BCCA 398, 42 B.C.L.R. (4th) 1 ...	284, 302
Celgene Corp. v. Canada (Attorney General)	2009 FC 271, 344 F.T.R. 45	677
Celgene Corp. v. Canada (Attorney General)	2011 SCC 1, [2011] 1 S.C.R. 3	486, 675
Century Services Inc. v. Canada (Attorney General)	2010 SCC 60, [2010] 3 S.C.R. 379	642
Chaoulli v. Quebec (Attorney General)	2005 SCC 35, [2005] 1 S.C.R. 791	172

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
Childs v. Desormeaux	2006 SCC 18, [2006] 1 S.C.R. 643	73
Citizens Insurance Co. of Canada v. Parsons	(1881), 7 App. Cas. 96	862
Clarke v. Clarke	[1990] 2 S.C.R. 795	646
Collins & Aikman Products Co. v. The Queen	2009 TCC 299, 2009 D.T.C. 1179	755
Commissioners of Inland Revenue v. Duke of Westminster	[1936] A.C. 1	741
Cooper v. Hobart	2001 SCC 79, [2001] 3 S.C.R. 537	74
Cooper v. The Queen	[1980] 1 S.C.R. 1149	585
Coughlin v. Ontario Highway Transport Board	[1968] S.C.R. 569	866
Council of Canadians with Disabilities v. VIA Rail Canada Inc.	2007 SCC 15, [2007] 1 S.C.R. 650	450, 487, 671
Crain v. Lightner	364 S.E.2d 778 (1987)	282
Crevier v. Attorney General of Quebec	[1981] 2 S.C.R. 220	703

D

Dalehite v. United States	346 U.S. 15 (1953)	92
Danyluk v. Ainsworth Technologies Inc.	2001 SCC 44, [2001] 2 S.C.R. 460	433, 452
Day v. Bream	(1837), 2 M. & Rob. 54, 174 E.R. 212	307
Day v. Central Okanagan (Regional District)	2000 BCSC 1134, 79 B.C.L.R. (3d) 36	101
Dell Computer Corp. v. Union des consommateurs	2007 SCC 34, [2007] 2 S.C.R. 801	286, 300
Derrickson v. Derrickson	[1986] 1 S.C.R. 285	165
Design Services Ltd. v. Canada	2008 SCC 22, [2008] 1 S.C.R. 737	98
Dickason v. University of Alberta	[1992] 2 S.C.R. 1103	484
Director of Public Prosecutions v. Beard	[1920] A.C. 479	589
Donoghue v. Stevenson	[1932] A.C. 562	67
Doré v. Verdun (City)	[1997] 2 S.C.R. 862	496
Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education)	2003 SCC 62, [2003] 3 S.C.R. 3	190
Dow Jones & Co. v. Gutnick	[2002] HCA 56, 210 C.L.R. 575	308
Droit de la famille — 705	[1989] R.D.F. 603	831
Droit de la famille — 103038	2010 QCCA 2074, [2010] R.D.F. 647	812
Dunsmuir v. New Brunswick	2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190	480, 624, 667, 695, 701, 710
Duplain v. Cameron	[1961] S.C.R. 693	892

E

Edwards v. Attorney-General for Canada	[1930] A.C. 124	865
Elias v. Headache and Pain Management Clinic	2008 CanLII 53133	101
Eliopoulos Estate v. Ontario (Minister of Health and Long-Term Care)	(2006), 276 D.L.R. (4th) 411	78

F

Fair Housing Council of San Fernando Valley v. Roommates.Com, LLC	521 F.3d 1157 (2008)	286, 316
Fédération des producteurs de volailles du Québec v. Pelland	2005 SCC 20, [2005] 1 S.C.R. 292	866
Frawley v. State of New South Wales	[2007] NSWSC 1379 (AustLII)	309
Fullowka v. Pinkerton's of Canada Ltd.	2010 SCC 5, [2010] 1 S.C.R. 132	76

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
G		
G. (L.) v. B. (G.)	[1995] 3 S.C.R. 370	791, 802
Gambrill v. Schooley	93 Md. 48 (1901)	298
Garland v. Consumers' Gas Co.	2004 SCC 25, [2004] 1 S.C.R. 629	164, 438
Gaskin v. Retail Credit Co.	[1965] S.C.R. 297	281, 396
General Motors of Canada Ltd. v. City National Leasing	[1989] 1 S.C.R. 641	872
Giffels Associates Ltd. v. Eastern Construction Co.	[1978] 2 S.C.R. 1346	70
Gilbert v. The Queen	[2000] HCA 15, 201 C.L.R. 414	523, 528
Global Securities Corp. v. British Columbia (Securities Commission)	2000 SCC 21, [2000] 1 S.C.R. 494	162, 861
Godfrey v. Demon Internet Ltd.	[1999] 4 All E.R. 342	308
Gould v. Yukon Order of Pioneers	[1996] 1 S.C.R. 571	485
Grant v. Torstar Corp.	2009 SCC 61, [2009] 3 S.C.R. 640	277, 295
Gregory & Co. v. Quebec Securities Commission	[1961] S.C.R. 584	861
H		
Harel v. Deputy Minister of Revenue of Quebec	[1978] 1 S.C.R. 851	499
Heaslip Estate v. Mansfield Ski Club Inc.	2009 ONCA 594, 96 O.R. (3d) 401	77
Hedley Byrne & Co. v. Heller & Partners, Ltd.	[1963] 2 All E.R. 575	68
Hellar v. Bianco	244 P.2d 757 (1952)	309
Hercules Managements Ltd. v. Ernst & Young	[1997] 2 S.C.R. 165	75
Hickey v. Hickey	[1999] 2 S.C.R. 518	793
Hilewitz v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)	2005 SCC 57, [2005] 2 S.C.R. 706	495
Hill v. Church of Scientology of Toronto	[1995] 2 S.C.R. 1130	287, 294, 298
Hill v. Hamilton-Wentworth Regional Police Services Board	2007 SCC 41, [2007] 3 S.C.R. 129	74
Hills v. Canada (Attorney General)	[1988] 1 S.C.R. 513	495
Hiltz and Seamone Co. v. Nova Scotia (Attorney General)	(1997), 164 N.S.R. (2d) 161	281
Hines v. Canpar Industries Ltd.	2006 BCSC 800, 55 B.C.L.R. (4th) 372	435
Hird v. Wood	(1894), 38 S.J. 234	282
Hodge v. The Queen	(1883), 9 App. Cas. 117	865
Home Office v. Dorset Yacht Co.	[1970] 2 W.L.R. 1140	87
Housen v. Nikolaisen	2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235	490
Hunt v. Carey Canada Inc.	[1990] 2 S.C.R. 959	66
Hunter v. Southam Inc.	[1984] 2 S.C.R. 145	358
I		
Innes v. Innes	(2005), 199 O.A.C. 69	814
Islam Expo Ltd. v. The Spectator (1828) Ltd.	[2010] EWHC 2011 (BAILII)	316
J		
Jameel v. Wall Street Journal Europe SPRL	[2006] UKHL 44, [2007] 1 A.C. 359	320
John Deere Plow Co. v. Wharton	[1915] A.C. 330	873
Just v. British Columbia	[1989] 2 S.C.R. 1228	84

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
K		
Kehler v. Kehler	2003 MBCA 88, 177 Man. R. (2d) 135	812
Kellogg Brown and Root Canada v. Information and Privacy Commissioner (Alta.)	2007 ABQB 499, 434 A.R. 311	667
Kemp v. Kemp	[2007] O.J. No. 1131 (QL)	813
Kerry (Canada) Inc. v. DCA Employees Pension Committee	2007 ONCA 416, 86 O.R. (3d) 1	677
Kirkbi AG v. Ritvik Holdings Inc.	2005 SCC 65, [2005] 3 S.C.R. 302	875
Kitkatla Band v. British Columbia (Minister of Small Business, Tourism and Culture)	2002 SCC 31, [2002] 2 S.C.R. 146	868
Klein v. Biben	296 N.Y. 638 (1946)	284, 303
Knupffer v. London Express Newspaper, Ltd.	[1944] A.C. 116	291
Kuwait Airways Corp. v. Iraq	2010 SCC 40, [2010] 2 S.C.R. 571	43
L		
L. (H.) v. L. (M.H.)	2003 BCCA 484, 19 B.C.L.R. (4th) 327	812
L.M.P. v. L.S.	2011 SCC 64, [2011] 3 R.C.S. 775	822
Lambert v. Thomson	[1937] O.R. 341	281, 307
Law Society of British Columbia v. Mangat	2001 SCC 67, [2001] 3 S.C.R. 113	647
Lawson v. Interior Tree Fruit and Vegetable Committee of Direc- tion	[1931] S.C.R. 357	871
Leary v. The Queen	[1978] 1 S.C.R. 29	590
Legal Oil & Gas Ltd. v. Surface Rights Board	2001 ABCA 160, 303 A.R. 8	671
Leskun v. Leskun	2006 SCC 25, [2006] 1 S.C.R. 920	792
Lévis (City) v. Fraternité des policiers de Lévis Inc.	2007 SCC 14, [2007] 1 S.C.R. 591	487
Lewis (Guardian ad litem of) v. British Columbia	[1997] 3 S.C.R. 1145	88
Lipson v. Canada	2009 SCC 1, [2009] 1 S.C.R. 3	747
Lord's Day Alliance of Canada v. Attorney General of British Columbia	[1959] S.C.R. 497	866
Lymburn v. Mayland	[1932] A.C. 318	860
M		
M. v. H.	[1999] 2 S.C.R. 3	496
MacDonald v. Vapor Canada Ltd.	[1977] 2 S.C.R. 134	873
MacFadden v. Anthony	117 N.Y.S.2d 520 (1952)	284, 303
Manitoba (Department of Family Services and Housing) and C.U.P.E., Loc. 2153 (Murdock) (Re)	(2005), 142 L.A.C. (4th) 173	623
Maracle v. Travellers Indemnity Co. of Canada	[1991] 2 S.C.R. 50	633
Marinangeli v. Marinangeli	(2003), 66 O.R. (3d) 40	792
Marks v. Beyfus	(1890), 25 Q.B.D. 494	385
McNichol v. Grandy	[1931] S.C.R. 696	281, 307
Merk v. International Association of Bridge, Structural, Ornamental and Reinforcing Iron Workers, Local 771	2005 SCC 70, [2005] 3 S.C.R. 425	495
Metropolitan International Schools Ltd. v. Designtecnica Corpn.	[2009] EWHC 1765, [2011] 1 W.L.R. 1743	283, 311
Metropolitan Life Insurance Co. v. International Union of Operating Engineers, Local 796	[1970] S.C.R. 425	695, 703

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
Miglin v. Miglin	2003 SCC 24, [2003] 1 S.C.R. 303	786, 801
MIL (Investments) S.A. v. R.	2006 TCC 460, [2006] 5 C.T.C. 2552	740
Moge v. Moge	[1992] 3 S.C.R. 813	785, 834
Montréal (City) v. Montreal Port Authority	2010 SCC 14, [2010] 1 S.C.R. 427	633
Morgentaler v. The Queen	[1976] 1 S.C.R. 616	168
Morguard Properties Ltd. v. City of Winnipeg	[1983] 2 S.C.R. 493	501
Multiple Access Ltd. v. McCutcheon	[1982] 2 S.C.R. 161	646, 860
N		
Named Person v. Vancouver Sun	2007 SCC 43, [2007] 3 S.C.R. 253	385
National Corn Growers Assn. v. Canada (Import Tribunal)	[1990] 2 S.C.R. 1324	484
Natural Parents v. Superintendent of Child Welfare	[1976] 2 S.C.R. 751	165
New Brunswick Broadcasting Co. v. Nova Scotia (Speaker of the House of Assembly)	[1993] 1 S.C.R. 319	171
Nolan v. Kerry (Canada) Inc.	2009 SCC 39, [2009] 2 S.C.R. 678	486, 675, 701
Nolan v. Superintendent of Financial Services	(2006), 209 O.A.C. 21	677
Nor-Man Regional Health Authority Inc. v. Manitoba Association of Health Care Professionals	2011 SCC 59, [2011] 3 S.C.R. 616	680
Northern Telecom Canada Ltd. v. Communication Workers of Canada	[1983] 1 S.C.R. 733	865
Northrop Grumman Overseas Services Corp. v. Canada (Attorney General)	2009 SCC 50, [2009] 3 S.C.R. 309	675, 704
Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Martin	2003 SCC 54, [2003] 2 S.C.R. 504	450
Nowegijick v. The Queen	[1983] 1 S.C.R. 29	499
O		
Oakley v. Oakley	(1985), 48 R.F.L. (2d) 307	802
Odhavji Estate v. Woodhouse	2003 SCC 69, [2003] 3 S.C.R. 263	66
Office of Personnel Management v. Richmond	496 U.S. 414 (1990)	91
Ontario (Attorney General) v. Fraser	2011 SCC 20, [2011] 2 S.C.R. 3	744
Ontario Hydro v. Ontario (Labour Relations Board)	[1993] 3 S.C.R. 327	887
Operation Dismantle Inc. v. The Queen	[1985] 1 S.C.R. 441	68
OPSEU v. Ontario (Attorney General)	[1987] 2 S.C.R. 2	866
Order F2006-031; Edmonton Police Service	September 22, 2008, O.I.P.C.	686
Order F2007-014; Edmonton (Police Service) (Re)	[2008] A.I.P.C.D. No. 72 (QL)	688
Order F2007-031; Grande Yellowhead Regional Division No. 35	November 27, 2008, O.I.P.C.	688
Order F2008-003; Edmonton Police Service	December 12, 2008, O.I.P.C.	688
Order F2008-005; Edmonton (Police Service) (Re)	[2008] A.I.P.C.D. No. 81 (QL)	688
Order F2008-013; Edmonton (Police Service) (Re)	[2008] A.I.P.C.D. No. 71 (QL)	688
Order F2008-016; Edmonton (Police Service) (Re)	[2008] A.I.P.C.D. No. 82 (QL)	688
Order F2008-017; Edmonton (Police Service) (Re)	[2008] A.I.P.C.D. No. 79 (QL)	688
Order F2008-018; Edmonton (Police Service) (Re)	[2009] A.I.P.C.D. No. 3 (QL)	688
Order F2008-027; Edmonton (Police Service) (Re)	[2009] A.I.P.C.D. No. 20 (QL)	688
Order P2008-005; College of Alberta Psychologists	December 17, 2008, O.I.P.C.	686
OSFC Holdings Ltd. v. Canada	2001 FCA 260, [2002] 2 F.C. 288	739

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
P		
P. (S.) v. P. (R.)	2011 ONCA 336, 332 D.L.R. (4th) 385	792
P.E.I. Potato Marketing Board v. H. B. Willis Inc.	[1952] 2 S.C.R. 392	866
Palmer v. The Queen	[1980] 1 S.C.R. 759	834
Parmley v. Parmley	[1945] S.C.R. 635	115
Parry Sound (District) Social Services Administration Board v. O.P.S.E.U., Local 324	2003 SCC 42, [2003] 2 S.C.R. 157	629
Pelech v. Pelech	[1987] 1 S.C.R. 801	785, 804
Perka v. The Queen	[1984] 2 S.C.R. 232	596
Petro-Canada v. Workers' Compensation Board (B.C.)	2009 BCCA 396, 276 B.C.A.C. 135	684
Pezim v. British Columbia (Superintendent of Brokers)	[1994] 2 S.C.R. 557	696
Phillips v. Nova Scotia (Commission of Inquiry into the Westray Mine Tragedy)	[1995] 2 S.C.R. 97	641
Poirier v. Canada (Minister of Veterans Affairs)	[1989] 3 F.C. 233	670
Polson v. Davis	635 F.Supp. 1130 (1986)	282
Pond v. General Electric Co.	256 F.2d 824 (1958)	308
Public School Boards' Assn. of Alberta v. Alberta (Attorney General).....	2000 SCC 2, [2000] 1 S.C.R. 44	835
Public Service Alliance of Canada v. Canada Post Corp.	2011 SCC 57, [2011] 3 S.C.R. 572	716
Pullman v. Walter Hill & Co.	[1891] 1 Q.B. 524	281
Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)	[1998] 1 S.C.R. 982	479, 696, 704
Pyrenees Shire Council v. Day	[1998] HCA 3, 192 C.L.R. 330	91
Q		
Quebec (Attorney General) v. Canadian Owners and Pilots Association	2010 SCC 39, [2010] 2 S.C.R. 536	165, 644
Quebec (Attorney General) v. Lacombe	2010 SCC 38, [2010] 2 S.C.R. 453	868
Québec (Procureure générale) v. Canada (Procureure générale)	2011 QCCA 591 (CanLII)	857
Québec (Sa Majesté du Chef) v. Ontario Securities Commission	(1992), 10 O.R. (3d) 577	861
R		
R. v. 974649 Ontario Inc.	2001 SCC 81, [2001] 3 S.C.R. 575	190
R. v. Alexander	(2005), 206 C.C.C. (3d) 233	395
R. v. Araujo	2000 SCC 65, [2000] 2 S.C.R. 992	231
R. v. B. (G.)	[1990] 2 S.C.R. 57	203, 394
R. v. Babes	(2000), 146 C.C.C. (3d) 465	387
R. v. Basi	2009 SCC 52, [2009] 3 S.C.R. 389	385
R. v. Beaudry	2007 SCC 5, [2007] 1 S.C.R. 190	9, 21, 31, 40, 391
R. v. Beaulieu	2010 SCC 7, [2010] 1 S.C.R. 248	238
R. v. Bernard	[1988] 2 S.C.R. 833	590
R. v. Bigras	2004 CanLII 21267	392
R. v. Biniaris	2000 SCC 15, [2000] 1 S.C.R. 381	9, 21, 32, 209, 393
R. v. Broyles	[1991] 3 S.C.R. 595	387

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
R. v. Buhay	2003 SCC 30, [2003] 1 S.C.R. 631	248
R. v. C.L.Y.	2008 SCC 2, [2008] 1 S.C.R. 5	26
R. v. Castro	2010 ONCA 718, 102 O.R. (3d) 609	128
R. v. Charemski	[1998] 1 S.C.R. 679	392
R. v. Chaulk	[1990] 3 S.C.R. 1303	597
R. v. Chaulk	2007 NSCA 84, 257 N.S.R. (2d) 99	613
R. v. City of Sault Ste. Marie	[1978] 2 S.C.R. 1299	360
R. v. Clerk	(1728), 1 Barn. K.B. 304, 94 E.R. 207 ...	282, 308
R. v. Colarusso	[1994] 1 S.C.R. 20	248
R. v. Collins	[1987] 1 S.C.R. 265	245, 259, 358
R. v. Coutts	[2006] UKHL 39, [2006] 4 All E.R. 353 ...	528
R. v. Creighton	[1993] 3 S.C.R. 3	516
R. v. D.P.	2009 QCCQ 644 (CanLII)	605
R. v. Daley	2007 SCC 53, [2007] 3 S.C.R. 523	589
R. v. Daviault	[1994] 3 S.C.R. 63	585
R. v. Davies	(1982), 1 C.C.C. (3d) 299	387
R. v. Davis	[1999] 3 S.C.R. 759	397
R. v. Desjardins	(1996), 182 N.B.R. (2d) 321	128
R. v. Dow	(1976), 1 C.R. (3d) S.-9	128
R. v. Eldorado Nuclear Ltd.	[1983] 2 S.C.R. 551	643
R. v. Evans	[1996] 1 S.C.R. 8	225
R. v. Feeney	[1997] 2 S.C.R. 13	255
R. v. Ferguson	2008 SCC 6, [2008] 1 S.C.R. 96	191
R. v. Fortin	2005 CanLII 6933	604
R. v. Gladstone	[1996] 2 S.C.R. 723	555
R. v. Godoy	[1999] 1 S.C.R. 311	225
R. v. Grant	[1993] 3 S.C.R. 223	231
R. v. Grant	2009 SCC 32, [2009] 2 S.C.R. 353	235, 258
R. v. Graveline	2006 SCC 16, [2006] 1 S.C.R. 609 ...	393, 412, 413
R. v. Greffe	[1990] 1 S.C.R. 755	256
R. v. Grimberg	(2002), 155 O.A.C. 296	128
R. v. Guppy	(1995), 16 Cr. App. R. (S.) 25	128
R. v. Harrison	2008 ONCA 85, 89 O.R. (3d) 161	240
R. v. Harrison	2009 SCC 34, [2009] 2 S.C.R. 494 ...	235, 266
R. v. Haughton	[1994] 3 S.C.R. 516	521
R. v. Hearn	[1989] 2 S.C.R. 1180	391
R. v. Hess (No. 1)	(1948), 94 C.C.C. 48	176
R. v. Hirschboltz	2004 SKQB 17, [2006] 1 W.W.R. 174	388
R. v. Hodson	2001 ABCA 111, 92 Alta. L.R. (3d) 262 ...	397
R. v. Hughes	[2000] HCA 22, 202 C.L.R. 535	863
R. v. Hunter	(1987), 57 C.R. (3d) 1	385
R. v. Huppe	2008 ABQB 539 (CanLII)	593
R. v. Jackson	[1993] 4 S.C.R. 573	523, 527
R. v. Jaw	2009 SCC 42, [2009] 3 S.C.R. 26	38
R. v. Johnson	2010 ABCA 392, 493 A.R. 74	128
R. v. Jolivet	2000 SCC 29, [2000] 1 S.C.R. 751	518, 526
R. v. Khan	2001 SCC 86, [2001] 3 S.C.R. 823	519, 526
R. v. King	[1962] S.C.R. 746	596
R. v. Labaye	2005 SCC 80, [2005] 3 S.C.R. 728	354

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
R. v. Lauv	2004 BCSC 1093 (CanLII)	604
R. v. Leipert	[1997] 1 S.C.R. 281	385
R. v. Lifchus	[1997] 3 S.C.R. 320	208
R. v. Lohrer	2004 SCC 80, [2004] 3 S.C.R. 732	9, 21, 32
R. v. Luedecke	2008 ONCA 716, 269 O.A.C. 1	602
R. v. Mahalingan	2008 SCC 63, [2008] 3 S.C.R. 316	413, 440
R. v. Mailloux	(1985), 25 C.C.C. (3d) 171	604
R. v. Malcolm	(1989), 50 C.C.C. (3d) 172	604
R. v. Malmo-Levine	2003 SCC 74, [2003] 3 S.C.R. 571	163
R. v. Mara	[1997] 2 S.C.R. 630	355
R. v. Marshall	[1999] 3 S.C.R. 456	569
R. v. Marshall	[1999] 3 S.C.R. 533	559
R. v. Marshall	2005 SCC 43, [2005] 2 S.C.R. 220	555
R. v. Maxwell	(1990), 91 Cr. App. R. 61	529
R. v. McClure	(1957), 22 W.W.R. 167	397, 417
R. v. McCormack	2009 CanLII 76382	387
R. v. McIntosh	[1995] 1 S.C.R. 686	352
R. v. Morelli	2010 SCC 8, [2010] 1 S.C.R. 253	358
R. v. Morgentaler	[1988] 1 S.C.R. 30	168
R. v. Morgentaler	[1993] 3 S.C.R. 463	168
R. v. Morin	[1988] 2 S.C.R. 345	211
R. v. Morin	[1992] 3 S.C.R. 286	209
R. v. Moroz	2003 ABPC 5, 333 A.R. 109	604
R. v. Morrissey	(1995), 97 C.C.C. (3d) 193	11, 26, 33
R. v. N.N.	2008 BCCA 300, 257 B.C.A.C. 304	417
R. v. N.T.C. Smokehouse Ltd.	[1996] 2 S.C.R. 672	553
R. v. Natarelli	[1967] S.C.R. 539	394
R. v. National Post	2010 SCC 16, [2010] 1 S.C.R. 477	388
R. v. Nette	2001 SCC 78, [2001] 3 S.C.R. 488	517
R. v. Nolet	2010 SCC 24, [2010] 1 S.C.R. 851	249
R. v. Noseworthy	2000 NFCA 45, 192 Nfld. & P.E.I.R. 120 ..	128
R. v. O'Brien	2011 SCC 29, [2011] 2 S.C.R. 485	26
R. v. Oakley	(1986), 24 C.C.C. (3d) 351	604
R. v. Ormerod	[1969] 4 C.C.C. 3	176
R. v. Pamajewon	[1996] 2 S.C.R. 821	557
R. v. Parker	(2000), 188 D.L.R. (4th) 385	175
R. v. Parks	[1992] 2 S.C.R. 871	596
R. v. Paul	2011 BCCA 46, 299 B.C.A.C. 85	604
R. v. Pelletier	(1992), 71 C.C.C. (3d) 438	397
R. v. Pittiman	2006 SCC 9, [2006] 1 S.C.R. 381	12, 36
R. v. Poole	(1997), 91 B.C.A.C. 279	513
R. v. Proulx	2000 SCC 5, [2000] 1 S.C.R. 61	352, 494
R. v. Robinson	[1996] 1 S.C.R. 683	590
R. v. Royz	(2008), 248 O.A.C. 361	395
R. v. Ruzic	2001 SCC 24, [2001] 1 S.C.R. 687	597
R. v. Sappier	2006 SCC 54, [2006] 2 S.C.R. 686	555
R. v. Scott	[1990] 3 S.C.R. 979	385
R. v. Sharpe	2001 SCC 2, [2001] 1 S.C.R. 45	334
R. v. Shepherd	2009 SCC 35, [2009] 2 S.C.R. 527	355
R. v. Sheppard	2002 SCC 26, [2002] 1 S.C.R. 869	9

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
R. v. Simpson	(1977), 35 C.C.C. (2d) 337	601
R. v. Snelgrove	2004 BCSC 102 (CanLII)	604
R. v. Sparrow	[1990] 1 S.C.R. 1075	540
R. v. Spooner	(1954), 109 C.C.C. 57	176
R. v. Stillman	[1997] 1 S.C.R. 607	246, 259
R. v. Stone	[1999] 2 S.C.R. 290	603
R. v. Sutton	2000 SCC 50, [2000] 2 S.C.R. 595	404, 413
R. v. Swain	[1991] 1 S.C.R. 933	599
R. v. Tricker	(1995), 21 O.R. (3d) 575	226
R. v. Van	2009 SCC 22, [2009] 1 S.C.R. 716	519
R. v. Van der Peet	[1996] 2 S.C.R. 507	551
R. v. Vickberg	(1998), 16 C.R. (5th) 164	613
R. v. W. McKenzie Securities Ltd.	(1966), 56 D.L.R. (2d) 56	861
R. v. Walker	2008 SCC 34, [2008] 2 S.C.R. 245	209, 412
R. v. Wu	2003 SCC 73, [2003] 3 S.C.R. 530	126
R. v. Yebeş	[1987] 2 S.C.R. 168	9, 21, 32
R. v. York	2005 BCCA 74, 193 C.C.C. (3d) 331	176
Rabey v. The Queen	(1977), 17 O.R. (2d) 1	601
Rabey v. The Queen	[1980] 2 S.C.R. 513	596
Rasanen v. Rosemount Instruments Ltd.	(1994), 112 D.L.R. (4th) 683	448
Re Corporation of the City of Penticton and Canadian Union of Public Employees, Local 608	(1978), 18 L.A.C. (2d) 307	631
Re the Initiative and Referendum Act	[1919] A.C. 935	870
Re Wakim; Ex parte McNally	[1999] HCA 27, 198 C.L.R. 511	863
Reference re Employment Insurance Act (Can.), ss. 22 and 23	2005 SCC 56, [2005] 2 S.C.R. 669	865
Reference re Firearms Act (Can.)	2000 SCC 31, [2000] 1 S.C.R. 783	868
Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island	[1997] 3 S.C.R. 3	865
Reference re Secession of Quebec	[1998] 2 S.C.R. 217	865
Reference re Securities Act (Canada)	2011 ABCA 77, 41 Alta. L.R. (5th) 145	857
Reno v. American Civil Liberties Union	521 U.S. 844 (1997)	287
Richardson v. Richardson	[1987] 1 S.C.R. 857	785, 804
Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)	[1998] 1 S.C.R. 27	351, 461, 490, 698
RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)	[1995] 3 S.C.R. 199	868
Rocois Construction Inc. v. Québec Ready Mix Inc.	[1990] 2 S.C.R. 440	437
Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)	[1993] 3 S.C.R. 519	175
Rothmans, Benson & Hedges Inc. v. Saskatchewan	2005 SCC 13, [2005] 1 S.C.R. 188	647
Rousseau v. The Queen	[1985] 2 S.C.R. 38	411
Ryan v. Moore	2005 SCC 38, [2005] 2 S.C.R. 53	623

S

Schuldt v. The Queen	[1985] 2 S.C.R. 592	208
Schwenke v. Ontario	(2000), 47 O.R. (3d) 97	467
Scott v. Hull	259 N.E.2d 160 (1970)	309
Service Employees' International Union, Local No. 333 v. Nipawin District Staff Nurses Assn.	[1975] 1 S.C.R. 382	716
Shubenacadie Indian Band v. Canada (Human Rights Commis- sion)	[1998] 2 F.C. 198	671

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
Smith v. Alliance Pipeline Ltd.	2011 SCC 7, [2011] 1 S.C.R. 160 ...	483, 626, 673
Smith v. Matsqui (Dist.)	(1986), 4 B.C.L.R. (2d) 342	308
Smith v. The Queen	[1960] S.C.R. 776	861
Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Canadian Assn. of Internet Providers	2004 SCC 45, [2004] 2 S.C.R. 427	283, 298
Spencer v. Spencer	2005 SKQB 116, 261 Sask. R. 150	812
Spike v. Golding	(1895), 27 N.S.R. 370	282
Stanley v. Shaw	2006 BCCA 467, 231 B.C.A.C. 186	281, 308
Stones v. Stones	2004 BCCA 99, 195 B.C.A.C. 41	814
Stovin v. Wise	[1996] A.C. 923	90
Stubart Investments Ltd. v. The Queen	[1984] 1 S.C.R. 536	763
Sun Life Assurance Co. of Canada v. W. H. Smith and Son Ltd.	(1934), 150 L.T. 211	283
Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)	2002 SCC 1, [2002] 1 S.C.R. 3	181
Sutherland Shire Council v. Heyman	(1985), 157 C.L.R. 424	90
Swinamer v. Nova Scotia (Attorney General)	[1994] 1 S.C.R. 445	88
Syl Apps Secure Treatment Centre v. B.D.	2007 SCC 38, [2007] 3 S.C.R. 83	67
Syndicat des professeurs du collège de Lévis-Lauzon v. CEGEP de Lévis-Lauzon	[1985] 1 S.C.R. 596	675

T

Tacket v. General Motors Corp.	836 F.2d 1042 (1987)	309
Templeton v. Templeton	2005 ABCA 133, 363 A.R. 392	813
The Trial of Thomas Hardy for High Treason	(1794), 24 St. Tr. 199	385
Toronto (City) v. C.U.P.E., Local 79	2003 SCC 63, [2003] 3 S.C.R. 77	439, 452, 487, 627
Toronto (City) Board of Education v. O.S.S.T.F., District 15	[1997] 1 S.C.R. 487	629
Toussaint v. Canada Labour Relations Board	(1993), 160 N.R. 396	670
Tranchemontagne v. Ontario (Director, Disability Support Pro- gram)	2006 SCC 14, [2006] 1 S.C.R. 513 ...	432, 457
“Truth” (N.Z.) Ltd. v. Holloway	[1960] 1 W.L.R. 997	281
Turpin v. Clark	2009 BCCA 530, 4 B.C.L.R. (5th) 48	812

U

Underhill v. Corser	[2010] EWHC 1195 (BAILII)	310
Union des employés de commerce, local 503 v. Roy	[1980] C.A. 394	675
United Nurses of Alberta, Local 160 v. Chinook Regional Health Authority	2002 ABCA 246, 317 A.R. 385	671
United States v. Gaubert	499 U.S. 315 (1991)	92
United States v. Neustadt	366 U.S. 696 (1961)	91
United States v. S.A. Empresa de Viacao Aerea Rio Grandense (Varig Airlines)	467 U.S. 797 (1984)	92
United Taxi Drivers’ Fellowship of Southern Alberta v. Calgary (City)	2004 SCC 19, [2004] 1 S.C.R. 485 ...	483, 704
University of British Columbia v. Berg	[1993] 2 S.C.R. 353	485
Urbanchich v. Drummoyne Municipal Council	(1991), Aust. Torts Rep. ¶181-127	309

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
V		
Vancouver (City) v. Ward	2010 SCC 27, [2010] 2 S.C.R. 28	264
Vézeau v. The Queen	[1977] 2 S.C.R. 277	404
Villella v. Vancouver (City)	2005 BCHRT 405, [2005] B.C.H.R.T.D. No. 405 (QL)	466
Vizetelly v. Mudie's Select Library, Ltd.	[1900] 2 Q.B. 170	283
W		
Waters v. British Columbia (Director of Employment Standards)	2004 BCSC 1570, 40 C.L.R. (3d) 84	671
Weber v. Ontario Hydro	[1995] 2 S.C.R. 929	466
WIC Radio Ltd. v. Simpson	2008 SCC 40, [2008] 2 S.C.R. 420	287, 295
Wild v. The Queen	[1971] S.C.R. 101	210
Willick v. Willick	[1994] 3 S.C.R. 670	791, 802
Will-Kare Paving & Contracting Ltd. v. Canada	2000 SCC 36, [2000] 1 S.C.R. 915	499
Wilson v. Meyer	126 P.3d 276 (2005)	308
Winko v. British Columbia (Forensic Psychiatric Institute)	[1999] 2 S.C.R. 625	599
Workers' Compensation Appeal Tribunal (B.C.) v. Hill	2011 BCCA 49, 299 B.C.A.C. 129	434, 469
X		
X v. Bedfordshire County Council	[1995] 3 All E.R. 353	90
Z		
Zeran v. America Online, Inc.	129 F.3d 327 (1997)	286, 316

TABLE DE LA JURISPRUDENCE

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) c. Hudson (Ville)	2001 CSC 40, [2001] 2 R.C.S. 241	647
A		
A.C. Concrete Forming Ltd. c. Residential Low Rise Forming Contractors Assn. of Metropolitan Toronto and Vicinity	2009 ONCA 292, 306 D.L.R. (4th) 251	672
Agassiz School Division No. 13 (Re)	[1997] M.G.A.D. No. 61 (QL)	623
Ahousaht Indian Band c. Canada (Attorney General)	2011 BCCA 237, 19 B.C.L.R. (5th) 20	563
Alberta c. Nilsson	2002 ABCA 283, 320 A.R. 88	671
Alberta Government Telephones c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes)	[1989] 2 R.C.S. 225	643
Alliance de la Fonction publique du Canada c. Société canadienne des postes	2011 CSC 57, [2011] 3 R.C.S. 572	716
Alliance Pipeline Ltd. c. Smith	2008 CF 12, 34 C.E.L.R. (3d) 138	677
Alliance Pipeline Ltd. c. Smith	2009 FCA 110, 389 N.R. 363	677
Allman c. Amacon Property Management Services Inc.	2007 BCCA 302, 243 B.C.A.C. 52	469
Ambler c. Ambler	2004 BCCA 492, 5 R.F.L. (6th) 229	812
Angle c. Ministre du Revenu National	[1975] 2 R.C.S. 248	438
Anns c. Merton London Borough Council	[1978] A.C. 728	74
Attorney-General for Canada c. Attorney-General for Ontario	[1937] A.C. 326	865
B		
Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)	[1999] 2 R.C.S. 817	717
Bande indienne de Shubenacadie c. Canada (Commission des droits de la personne)	[1998] 2 C.F. 198	671
Bande Kitkatla c. Colombie-Britannique (Ministre des Petites et moyennes entreprises, du Tourisme et de la Culture)	2002 CSC 31, [2002] 2 R.C.S. 146	868
Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta	2007 CSC 22, [2007] 2 R.C.S. 3	162, 642, 867
Barrett c. Enfield London Borough Council	[2001] 2 A.C. 550	90
Barrett c. Rosenthal	146 P.3d 510 (2006)	286, 316
Barrick Gold Corp. c. Lopehandia	(2004), 71 O.R. (3d) 416	289
Becker c. Cariboo Chevrolet Oldsmobile Pontiac Buick GMC Ltd.	2006 BCSC 43, 42 Admin. L.R. (4th) 266	462
Bell c. Ontario Human Rights Commission	[1971] R.C.S. 756	695, 703
Bell Canada c. Bell Aliant Communications régionales	2009 CSC 40, [2009] 2 R.C.S. 764	502
Bell Canada c. Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)	[1988] 1 R.C.S. 749	165, 861
Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex	2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559	461
Bennett c. British Columbia (Securities Commission)	(1992), 94 D.L.R. (4th) 339	861

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
Berezoutskaia c. Human Rights Tribunal (B.C.)	2006 BCCA 95, 223 B.C.A.C. 71	435
Berkovitz c. United States	486 U.S. 531 (1988)	92
Bisaillon c. Keable	[1983] 2 R.C.S. 60	385
Blackwater c. Plint	2005 CSC 58, [2005] 3 R.C.S. 3	111
Botiuk c. Toronto Free Press Publications Ltd.	[1995] 3 R.C.S. 3	290, 307
Bou Malhab c. Diffusion Métromédia CMR inc.	2011 CSC 9, [2011] 1 R.C.S. 214	291
Boucher c. Stelco Inc.	2005 CSC 64, [2005] 3 R.C.S. 279	437
Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd. c. Saint John Shipbuilding Ltd. ...	[1997] 3 R.C.S. 1210	75
British Columbia (Minister of Forests) c. Bugbusters Pest Management Inc.	(1998), 50 B.C.L.R. (3d) 1	453
British Columbia (Ministry of Competition, Science & Enterprise) c. Matuszewski	2008 BCSC 915, 82 Admin. L.R. (4th) 308 ...	433
Brown c. Colombie-Britannique (Ministre des Transports et de la Voirie)	[1994] 1 R.C.S. 420	88
Buchanan c. Jennings	[2004] UKPC 36, [2005] 1 A.C. 115	282
Bullard c. The Queen	[1957] A.C. 635	528
Bunt c. Tilley	[2006] EWHC 407, [2006] 3 All E.R. 336	283, 310
Butler c. Southam Inc.	2001 NSCA 121, 197 N.S.R. (2d) 97	291
Byrne c. Deane	[1937] 1 K.B. 818	309

C

Canada (Attorney General) c. Bourassa (Trustee of)	2002 ABCA 205, 6 Alta. L.R. (4th) 223	650
Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa	2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339	482, 684, 698, 714
Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)	2011 CSC 53, [2011] 3 R.C.S. 471	674, 697
Canada (Procureur général) c. Alliance de la Fonction publique du Canada	[1991] 1 R.C.S. 614	501
Canada (Procureur général) c. Brooks	2006 CF 500 (CanLII)	491
Canada (Procureur général) c. Mavi	2011 CSC 30, [2011] 2 R.C.S. 504	684
Canada (Procureur général) c. Mossop	[1993] 1 R.C.S. 554	484
Canada (Procureur général) c. Stevenson	2003 CFPI 341 (CanLII)	491
Canada (Procureur général) c. TeleZone Inc.	2010 CSC 62, [2010] 3 R.C.S. 585	438
Canada (Procureur général) c. Thwaites	[1994] 3 C.F. 38	491
Canadien Pacifique Ltée c. Bande indienne de Matsqui	[1995] 1 R.C.S. 3	670
Carey c. Ontario	[1986] 2 R.C.S. 637	388
Caron c. Caron	[1987] 1 R.C.S. 892	785, 804
Carter c. B.C. Federation of Foster Parents Assn.	2005 BCCA 398, 42 B.C.L.R. (4th) 1	284, 302
Celgene Corp. c. Canada (Attorney General)	2009 CF 271, 344 F.T.R. 45	677
Celgene Corp. c. Canada (Procureur général)	2011 CSC 1, [2011] 1 R.C.S. 3	486, 675
Century Services Inc. c. Canada (Procureur général)	2010 CSC 60, [2010] 3 R.C.S. 379	642
Chaoulli c. Québec (Procureur général)	2005 CSC 35, [2005] 1 R.C.S. 791	172
Childs c. Desormeaux	2006 CSC 18, [2006] 1 R.C.S. 643	73
Cie des chemins de fer nationaux du Canada c. Norsk Pacific Steamship Co.	[1992] 1 R.C.S. 1021	75
Citizens Insurance Co. of Canada c. Parsons	(1881), 7 App. Cas. 96	862

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
Clarke c. Clarke	[1990] 2 R.C.S. 795	646
Collins & Aikman Products Co. c. La Reine	2009 CCI 299 (CanLII)	755
Colombie-Britannique c. Imperial Tobacco Canada Ltée	2005 CSC 49, [2005] 2 R.C.S. 473	108
Colombie-Britannique (Procureur général) c. Canada (Procureur général)	[1994] 2 R.C.S. 41	693
Commissioners of Inland Revenue c. Duke of Westminster	[1936] A.C. 1	741
Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)	[1987] 1 R.C.S. 1114	480
Conseil de l'éducation de Toronto (Cité) c. F.E.E.E.S.O., district 15 ...	[1997] 1 R.C.S. 487	629
Conseil des Canadiens avec déficiences c. VIA Rail Canada Inc.	2007 CSC 15, [2007] 1 R.C.S. 650	450, 487, 671
Cooper c. Hobart	2001 CSC 79, [2001] 3 R.C.S. 537	74
Cooper c. La Reine	[1980] 1 R.C.S. 1149	585
Coughlin c. Ontario Highway Transport Board	[1968] R.C.S. 569	866
Crain c. Lightner	364 S.E.2d 778 (1987)	282
Crevier c. Procureur général du Québec	[1981] 2 R.C.S. 220	703

D

Dalehite c. United States	346 U.S. 15 (1953)	92
Danyluk c. Ainsworth Technologies Inc.	2001 CSC 44, [2001] 2 R.C.S. 460	433, 452
Day c. Bream	(1837), 2 M. & Rob. 54, 174 E.R. 212	307
Day c. Central Okanagan (Regional District)	2000 BCSC 1134, 79 B.C.L.R. (3d) 36	101
Dell Computer Corp. c. Union des consommateurs	2007 CSC 34, [2007] 2 R.C.S. 801 ...	286, 300
Derrickson c. Derrickson	[1986] 1 R.C.S. 285	165
Design Services Ltd. c. Canada	2008 CSC 22, [2008] 1 R.C.S. 737	98
Dickason c. Université de l'Alberta	[1992] 2 R.C.S. 1103	484
Director of Public Prosecutions c. Beard	[1920] A.C. 479	589
Donoghue c. Stevenson	[1932] A.C. 562	68
Doré c. Verdun (Ville)	[1997] 2 R.C.S. 862	496
Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation)	2003 CSC 62, [2003] 3 R.C.S. 3	190
Dow Jones & Co. c. Gutnick	[2002] HCA 56, 210 C.L.R. 575	308
Droit de la famille — 705	[1989] R.D.F. 603	831
Droit de la famille — 103038	2010 QCCA 2074, [2010] R.D.F. 647	812
Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick	2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190	480, 624, 667, 695, 701, 710
Duplain c. Cameron	[1961] R.C.S. 693	892

E

Edwards c. Attorney-General for Canada	[1930] A.C. 124	865
Elias c. Headache and Pain Management Clinic	2008 CanLII 53133	101
Eliopoulos Estate c. Ontario (Minister of Health and Long-Term Care)	(2006), 276 D.L.R. (4th) 411	78

F

Fair Housing Council of San Fernando Valley c. Roommates.Com, LLC	521 F.3d 1157 (2008)	286, 316
Fédération des producteurs de volailles du Québec c. Pelland	2005 CSC 20, [2005] 1 R.C.S. 292	866

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
Frawley c. State of New South Wales	[2007] NSWSC 1379 (AustLII)	310
Followka c. Pinkerton's of Canada Ltd.	2010 CSC 5, [2010] 1 R.C.S. 132	76

G

G. (L.) c. B. (G.)	[1995] 3 R.C.S. 370	791, 802
Gambrill c. Schooley	93 Md. 48 (1901)	298
Garland c. Consumers' Gas Co.	2004 CSC 25, [2004] 1 R.C.S. 629	164, 438
Gaskin c. Retail Credit Co.	[1965] R.C.S. 297	281, 296
General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing	[1989] 1 R.C.S. 641	872
Giffels Associates Ltd. c. Eastern Construction Co.	[1978] 2 R.C.S. 1346	71
Gilbert c. The Queen	[2000] HCA 15, 201 C.L.R. 414	523, 528
Global Securities Corp. c. Colombie-Britannique (Securities Commission)	2000 CSC 21, [2000] 1 R.C.S. 494	162, 861
Godfrey c. Demon Internet Ltd.	[1999] 4 All E.R. 342	308
Gould c. Yukon Order of Pioneers	[1996] 1 R.C.S. 571	485
Grant c. Torstar Corp.	2009 CSC 61, [2009] 3 R.C.S. 640	277, 295
Gregory & Co. c. Quebec Securities Commission	[1961] R.C.S. 584	861

H

Harel c. Sous-ministre du Revenu du Québec	[1978] 1 R.C.S. 851	499
Heaslip Estate c. Mansfield Ski Club Inc.	2009 ONCA 594, 96 O.R. (3d) 401	77
Hedley Byrne & Co. c. Heller & Partners, Ltd.	[1963] 2 All E.R. 575	68
Hellar c. Bianco	244 P.2d 757 (1952)	309
Hercules Managements Ltd. c. Ernst & Young	[1997] 2 R.C.S. 165	75
Hickey c. Hickey	[1999] 2 R.C.S. 518	793
Hilewitz c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)	2005 CSC 57, [2005] 2 R.C.S. 706	495
Hill c. Commission des services policiers de la municipalité régionale de Hamilton-Wentworth	2007 CSC 41, [2007] 3 R.C.S. 129	74
Hill c. Église de scientologie de Toronto	[1995] 2 R.C.S. 1130	287, 294, 298
Hills c. Canada (Procureur général)	[1988] 1 R.C.S. 513	495
Hiltz and Seamone Co. c. Nova Scotia (Attorney General)	(1997), 164 N.S.R. (2d) 161	281
Hines c. Canpar Industries Ltd.	2006 BCSC 800, 55 B.C.L.R. (4th) 372	435
Hird c. Wood	(1894), 38 S.J. 234	282
Hodge c. The Queen	(1883), 9 App. Cas. 117	865
Home Office c. Dorset Yacht Co.	[1970] 2 W.L.R. 1140	87
Housen c. Nikolaisen	2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235	490
Hunt c. Carey Canada Inc.	[1990] 2 R.C.S. 959	66
Hunter c. Southam Inc.	[1984] 2 R.C.S. 145	358
Hypothèques Trustco Canada c. Canada	2005 CSC 54, [2005] 2 R.C.S. 601	733

I

Innes c. Innes	(2005), 199 O.A.C. 69	814
Islam Expo Ltd. c. The Spectator (1828) Ltd.	[2010] EWHC 2011 (BAILII)	316

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
J		
Jameel c. Wall Street Journal Europe SPRL	[2006] UKHL 44, [2007] 1 A.C. 359	320
John Deere Plow Co. c. Wharton	[1915] A.C. 330	873
Just c. Colombie-Britannique	[1989] 2 R.C.S. 1228	84
K		
Kehler c. Kehler	2003 MBCA 88, 177 Man. R. (2d) 135	812
Kellogg Brown and Root Canada c. Information and Privacy Commissioner (Alta.)	2007 ABQB 499, 434 A.R. 311	667
Kemp c. Kemp	[2007] O.J. No. 1131 (QL)	813
Kerry (Canada) Inc. c. DCA Employees Pension Committee	2007 ONCA 416, 86 O.R. (3d) 1	677
Kirkbi AG c. Gestions Ritvik Inc.	2005 CSC 65, [2005] 3 R.C.S. 302	875
Klein c. Biben	296 N.Y. 638 (1946)	284, 303
Knupffer c. London Express Newspaper, Ltd.	[1944] A.C. 116	291
Kuwait Airways Corp. c. Irak	2010 CSC 40, [2010] 2 R.C.S. 571	43
L		
L. (H.) c. L. (M.H.)	2003 BCCA 484, 19 B.C.L.R. (4th) 327	812
L.M.P. c. L.S.	2011 CSC 64, [2011] 3 R.C.S. 775	822
Lambert c. Thomson	[1937] O.R. 341	281, 307
Law Society of British Columbia c. Mangat	2001 CSC 67, [2001] 3 R.C.S. 113	647
Lawson c. Interior Tree Fruit and Vegetable Committee of Direc- tion	[1931] R.C.S. 357	871
Leary c. La Reine	[1978] 1 R.C.S. 29	590
Legal Oil & Gas Ltd. c. Surface Rights Board	2001 ABCA 160, 303 A.R. 8	671
Leskun c. Leskun	2006 CSC 25, [2006] 1 R.C.S. 920	792
Lévis (Ville) c. Fraternité des policiers de Lévis Inc.	2007 CSC 14, [2007] 1 R.C.S. 591	487
Lewis (Tutrice à l'instance de) c. Colombie-Britannique	[1997] 3 R.C.S. 1145	88
Lipson c. Canada	2009 CSC 1, [2009] 1 R.C.S. 3	747
Lord's Day Alliance of Canada c. Attorney General of British Columbia	[1959] R.C.S. 497	866
Lymburn c. Mayland	[1932] A.C. 318	860
M		
M. c. H.	[1999] 2 R.C.S. 3	496
MacDonald c. Vapor Canada Ltd.	[1977] 2 R.C.S. 134	873
MacFadden c. Anthony	117 N.Y.S.2d 520 (1952)	284, 303
Manitoba (Department of Family Services and Housing) and C.U.P.E., Loc. 2153 (Murdock) (Re)	(2005), 142 L.A.C. (4th) 173	623
Maracle c. Travellers Indemnity Co. of Canada	[1991] 2 R.C.S. 50	633
Marinangeli c. Marinangeli	(2003), 66 O.R. (3d) 40	792
Marks c. Beyfus	(1890), 25 Q.B.D. 494	385
McNichol c. Grandy	[1931] R.C.S. 696	281, 307

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
Merk c. Association internationale des travailleurs en ponts, en fer structural, ornamental et d'armature, section locale 771	2005 CSC 70, [2005] 3 R.C.S. 425	495
Metropolitan International Schools Ltd. c. Designtecnica Corpn.	[2009] EWHC 1765, [2011] 1 W.L.R. 1743	283, 311
Metropolitan Life Insurance Co. c. International Union of Operating Engineers, Local 796	[1970] R.C.S. 425	695, 703
Miglin c. Miglin	2003 CSC 24, [2003] 1 R.C.S. 303	786, 801
MIL (Investments) S.A. c. La Reine	2006 CCI 460 (CanLII)	740
Moge c. Moge	[1992] 3 R.C.S. 813	785, 834
Montréal (Ville) c. Administration portuaire de Montréal	2010 CSC 14, [2010] 1 R.C.S. 427	633
Morgentaler c. La Reine	[1976] 1 R.C.S. 616	168
Morguard Properties Ltd. c. Ville de Winnipeg	[1983] 2 R.C.S. 493	501
Multiple Access Ltd. c. McCutcheon	[1982] 2 R.C.S. 161	646, 860
N		
National Corn Growers Assn. c. Canada (Tribunal des importations)	[1990] 2 R.C.S. 1324	484
New Brunswick Broadcasting Co. c. Nouvelle-Écosse (Président de l'Assemblée législative)	[1993] 1 R.C.S. 319	171
Nolan c. Kerry (Canada) Inc.	2009 CSC 39, [2009] 2 R.C.S. 678	486, 675, 701
Nolan c. Superintendent of Financial Services	(2006), 209 O.A.C. 21	677
Nor-Man Regional Health Authority Inc. c. Manitoba Association of Health Care Professionals	2011 CSC 59, [2011] 3 R.C.S. 616	680
Northern Telecom Canada Ltée c. Syndicat des travailleurs en communication du Canada	[1983] 1 R.C.S. 733	865
Northrop Grumman Overseas Services Corp. c. Canada (Procureur général)	2009 CSC 50, [2009] 3 R.C.S. 309	675, 704
Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Martin	2003 CSC 54, [2003] 2 R.C.S. 504	450
Nowegijick c. La Reine	[1983] 1 R.C.S. 29	499
O		
Oakley c. Oakley	(1985), 48 R.F.L. (2d) 307	802
Office of Personnel Management c. Richmond	496 U.S. 414 (1990)	91
Ontario (Procureur général) c. Fraser	2011 CSC 20, [2011] 2 R.C.S. 3	744
Ontario Hydro c. Ontario (Commission des relations de travail)	[1993] 3 R.C.S. 327	887
Operation Dismantle Inc. c. La Reine	[1985] 1 R.C.S. 441	68
Order F2006-031; Edmonton Police Service	September 22, 2008, O.I.P.C.	686
Order F2007-014; Edmonton (Police Service) (Re)	[2008] A.I.P.C.D. No. 72 (QL)	688
Order F2007-031; Grande Yellowhead Regional Division No. 35	November 27, 2008, O.I.P.C.	688
Order F2008-003; Edmonton Police Service	December 12, 2008, O.I.P.C.	688
Order F2008-005; Edmonton (Police Service) (Re)	[2008] A.I.P.C.D. No. 81 (QL)	688
Order F2008-013; Edmonton (Police Service) (Re)	[2008] A.I.P.C.D. No. 71 (QL)	688
Order F2008-016; Edmonton (Police Service) (Re)	[2008] A.I.P.C.D. No. 82 (QL)	688
Order F2008-017; Edmonton (Police Service) (Re)	[2008] A.I.P.C.D. No. 79 (QL)	688
Order F2008-018; Edmonton (Police Service) (Re)	[2009] A.I.P.C.D. No. 3 (QL)	688
Order F2008-027; Edmonton (Police Service) (Re)	[2009] A.I.P.C.D. No. 20 (QL)	688

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOVI	PAGE
Order P2008-005; College of Alberta Psychologists	December 17, 2008, O.I.P.C.	686
OSFC Holdings Ltd. c. Canada	2001 CAF 260, [2002] 2 C.F. 288	739

P

P. (S.) c. P. (R.)	2011 ONCA 336, 332 D.L.R. (4th) 385	792
P.E.I. Potato Marketing Board c. H. B. Willis Inc.	[1952] 2 R.C.S. 392	866
Palmer c. La Reine	[1980] 1 R.C.S. 759	834
Parents naturels c. Superintendent of Child Welfare	[1976] 2 R.C.S. 751	165
Parmley c. Parmley	[1945] R.C.S. 635	115
Parry Sound (district), Conseil d'administration des services sociaux c. S.E.E.F.P.O., section locale 324	2003 CSC 42, [2003] 2 R.C.S. 157	629
Pelech c. Pelech	[1987] 1 R.C.S. 801	785, 804
Perka c. La Reine	[1984] 2 R.C.S. 232	596
Personne désignée c. Vancouver Sun	2007 CSC 43, [2007] 3 R.C.S. 253	385
Petro-Canada c. Workers' Compensation Board (B.C.)	2009 BCCA 396, 276 B.C.A.C. 135	684
Pezim c. Colombie-Britannique (Superintendent of Brokers)	[1994] 2 R.C.S. 557	696
Phillips c. Nouvelle-Écosse (Commission d'enquête sur la tragédie de la mine Westray)	[1995] 2 R.C.S. 97	641
Poirier c. Canada (Ministre des affaires des anciens combattants)	[1989] 3 C.F. 233	671
Polson c. Davis	635 F.Supp. 1130 (1986)	282
Pond c. General Electric Co.	256 F.2d 824 (1958)	308
Procureur général du Canada c. Inuit Tapirisat of Canada	[1980] 2 R.C.S. 735	67
Procureur général du Canada c. Law Society of British Columbia	[1982] 2 R.C.S. 307	163
Procureur général du Canada c. Transports Nationaux du Canada, Ltée	[1983] 2 R.C.S. 206	872
Procureur général du Québec c. Carrières Ste-Thérèse Ltée	[1985] 1 R.C.S. 831	494
Procureur général du Québec c. Procureur général du Canada	2011 QCCA 591, [2011] R.J.Q. 598	857
Public School Boards' Assn. of Alberta c. Alberta (Procureur général)	2000 CSC 2, [2000] 1 R.C.S. 44	835
Pullman c. Walter Hill & Co.	[1891] 1 Q.B. 524	281
Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigra- tion)	[1998] 1 R.C.S. 982	479, 696, 704
Pyrenees Shire Council c. Day	[1998] HCA 3, 192 C.L.R. 330	91

Q

Québec (Procureur général) c. Canadian Owners and Pilots Association	2010 CSC 39, [2010] 2 R.C.S. 536	165, 644
Québec (Procureur général) c. Lacombe	2010 CSC 38, [2010] 2 R.C.S. 453	868
Québec (Sa Majesté du Chef) c. Ontario Securities Commission	(1992), 10 O.R. (3d) 577	861

R

R. c. 974649 Ontario Inc.	2001 CSC 81, [2001] 3 R.C.S. 575	190
R. c. Alexander	(2005), 206 C.C.C. (3d) 233	395
R. c. Araujo	2000 CSC 65, [2000] 2 R.C.S. 992	231
R. c. B. (G.)	[1990] 2 R.C.S. 57	203, 394
R. c. Babes	(2000), 146 C.C.C. (3d) 465	387

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
R. c. Basi	2009 CSC 52, [2009] 3 R.C.S. 389	385
R. c. Beaudry	2007 CSC 5, [2007] 1 R.C.S. 190	9, 21, 31, 40, 392
R. c. Beaulieu	2010 CSC 7, [2010] 1 R.C.S. 248	238
R. c. Bernard	[1988] 2 R.C.S. 833	590
R. c. Bigras	2004 CanLII 21267	392
R. c. Biniaris	2000 CSC 15, [2000] 1 R.C.S. 381	9, 21, 32, 209, 393
R. c. Broyles	[1991] 3 R.C.S. 595	387
R. c. Buhay	2003 CSC 30, [2003] 1 R.C.S. 631	248
R. c. C.L.Y.	2008 CSC 2, [2008] 1 R.C.S. 5	26
R. c. Castro	2010 ONCA 718, 102 O.R. (3d) 609	128
R. c. Charemski	[1998] 1 R.C.S. 679	392
R. c. Chaulk	[1990] 3 R.C.S. 1303	597
R. c. Chaulk	2007 NSCA 84, 257 N.S.R. (2d) 99	613
R. c. Clerk	(1728), 1 Barn. K.B. 304, 94 E.R. 207 ...	282, 308
R. c. Colarusso	[1994] 1 R.C.S. 20	248
R. c. Collins	[1987] 1 R.C.S. 265	245, 259, 358
R. c. Coutts	[2006] UKHL 39, [2006] 4 All E.R. 353 ...	528
R. c. Creighton	[1993] 3 R.C.S. 3	516
R. c. D.P.	2009 QCCQ 644 (CanLII)	605
R. c. Daley	2007 CSC 53, [2007] 3 R.C.S. 523	589
R. c. Daviault	[1994] 3 R.C.S. 63	585
R. c. Davies	(1982), 1 C.C.C. (3d) 299	387
R. c. Davis	[1999] 3 R.C.S. 759	397
R. c. Desjardins	(1996), 182 R.N.-B. (2 ^e) 321	128
R. c. Dow	(1976), 1 C.R. (3d) S.-9	128
R. c. Eldorado Nucléaire Ltée	[1983] 2 R.C.S. 551	643
R. c. Evans	[1996] 1 R.C.S. 8	225
R. c. Feeney	[1997] 2 R.C.S. 13	255
R. c. Ferguson	2008 CSC 6, [2008] 1 R.C.S. 96	191
R. c. Fortin	2005 CanLII 6933	604
R. c. Gladstone	[1996] 2 R.C.S. 723	555
R. c. Godoy	[1999] 1 R.C.S. 311	225
R. c. Grant	[1993] 3 R.C.S. 223	231
R. c. Grant	2009 CSC 32, [2009] 2 R.C.S. 353	235, 258
R. c. Graveline	2006 CSC 16, [2006] 1 R.C.S. 609	393, 412, 413
R. c. Greffe	[1990] 1 R.C.S. 755	257
R. c. Grimberg	(2002), 155 O.A.C. 296	128
R. c. Guppy	(1995), 16 Cr. App. R. (S.) 25	128
R. c. Harrison	2008 ONCA 85, 89 O.R. (3d) 161	240
R. c. Harrison	2009 CSC 34, [2009] 2 R.C.S. 494 ...	235, 266
R. c. Haughton	[1994] 3 R.C.S. 516	521
R. c. Hearn	[1989] 2 R.C.S. 1180	392
R. c. Hess (No. 1)	(1948), 94 C.C.C. 48	176
R. c. Hirscholtz	2004 SKQB 17, [2006] 1 W.W.R. 174	388
R. c. Hodson	2001 ABCA 111, 92 Alta. L.R. (3d) 262 ...	397
R. c. Hughes	[2000] HCA 22, 202 C.L.R. 535	863
R. c. Hunter	(1987), 57 C.R. (3d) 1	385

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
R. c. Huppie	2008 ABQB 539 (CanLII)	593
R. c. Jackson	[1993] 4 R.C.S. 573	523, 527
R. c. Jaw	2009 CSC 42, [2009] 3 R.C.S. 26	38
R. c. Johnson	2010 ABCA 392, 493 A.R. 74	128
R. c. Jolivet	2000 CSC 29, [2000] 1 R.C.S. 751	518, 526
R. c. Khan	2001 CSC 86, [2001] 3 R.C.S. 823	519, 526
R. c. King	[1962] R.C.S. 746	596
R. c. Labaye	2005 CSC 80, [2005] 3 R.C.S. 728	354
R. c. Lauv	2004 BCSC 1093 (CanLII)	604
R. c. Leipert	[1997] 1 R.C.S. 281	385
R. c. Lifchus	[1997] 3 R.C.S. 320	208
R. c. Lohrer	2004 CSC 80, [2004] 3 R.C.S. 732	9, 21, 32
R. c. Luedecke	2008 ONCA 716, 269 O.A.C. 1	602
R. c. Mahalingan	2008 CSC 63, [2008] 3 R.C.S. 316	413, 440
R. c. Mailloux	(1985), 25 C.C.C. (3d) 171	604
R. c. Malcolm	(1989), 50 C.C.C. (3d) 172	604
R. c. Malmo-Levine	2003 CSC 74, [2003] 3 R.C.S. 571	163
R. c. Mara	[1997] 2 R.C.S. 630	355
R. c. Marshall	[1999] 3 R.C.S. 456	569
R. c. Marshall	[1999] 3 R.C.S. 533	559
R. c. Marshall	2005 CSC 43, [2005] 2 R.C.S. 220	555
R. c. Maxwell	(1990), 91 Cr. App. R. 61	529
R. c. McClure	(1957), 22 W.W.R. 167	397, 417
R. c. McCormack	2009 CanLII 76382	387
R. c. McIntosh	[1995] 1 R.C.S. 686	352
R. c. Morelli	2010 CSC 8, [2010] 1 R.C.S. 253	358
R. c. Morgentaler	[1988] 1 R.C.S. 30	168
R. c. Morgentaler	[1993] 3 R.C.S. 463	168
R. c. Morin	[1988] 2 R.C.S. 345	211
R. c. Morin	[1992] 3 R.C.S. 286	209
R. c. Moroz	2003 ABPC 5, 333 A.R. 109	604
R. c. Morrissey	(1995), 97 C.C.C. (3d) 193	11, 26, 33
R. c. N.N.	2008 BCCA 300, 257 B.C.A.C. 304	417
R. c. N.T.C. Smokehouse Ltd.	[1996] 2 R.C.S. 672	553
R. c. Natarelli	[1967] R.C.S. 539	394
R. c. National Post	2010 CSC 16, [2010] 1 R.C.S. 477	388
R. c. Nette	2001 CSC 78, [2001] 3 R.C.S. 488	517
R. c. Nolet	2010 CSC 24, [2010] 1 R.C.S. 851	249
R. c. Noseworthy	2000 NFCA 45, 192 Nfld. & P.E.I.R. 120... ..	128
R. c. O'Brien	2011 CSC 29, [2011] 2 R.C.S. 485	26
R. c. Oakley	(1986), 24 C.C.C. (3d) 351	604
R. c. Ormerod	[1969] 4 C.C.C. 3	176
R. c. Pamajewon	[1996] 2 R.C.S. 821	557
R. c. Parker	(2000), 188 D.L.R. (4th) 385	175
R. c. Parks	[1992] 2 R.C.S. 871	596
R. c. Paul	2011 BCCA 46, 299 B.C.A.C. 85	604
R. c. Pelletier	(1992), 71 C.C.C. (3d) 438	397
R. c. Pittiman	2006 CSC 9, [2006] 1 R.C.S. 381	12, 36
R. c. Poole	(1997), 91 B.C.A.C. 279	513
R. c. Proulx	2000 CSC 5, [2000] 1 R.C.S. 61	352, 494

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
R. c. Robinson	[1996] 1 R.C.S. 683	590
R. c. Royz	(2008), 248 O.A.C. 361	395
R. c. Ruzic	2001 CSC 24, [2001] 1 R.C.S. 687	597
R. c. Sappier	2006 CSC 54, [2006] 2 R.C.S. 686	555
R. c. Scott	[1990] 3 R.C.S. 979	385
R. c. Sharpe	2001 CSC 2, [2001] 1 R.C.S. 45	334
R. c. Shepherd	2009 CSC 35, [2009] 2 R.C.S. 527	355
R. c. Sheppard	2002 CSC 26, [2002] 1 R.C.S. 869	9
R. c. Simpson	(1977), 35 C.C.C. (2d) 337	601
R. c. Snelgrove	2004 BCSC 102 (CanLII)	604
R. c. Sparrow	[1990] 1 R.C.S. 1075	540
R. c. Spooner	(1954), 109 C.C.C. 57	176
R. c. Stillman	[1997] 1 R.C.S. 607	246, 259
R. c. Stone	[1999] 2 R.C.S. 290	603
R. c. Sutton	2000 CSC 50, [2000] 2 R.C.S. 595	404, 413
R. c. Swain	[1991] 1 R.C.S. 933	599
R. c. Tricker	(1995), 21 O.R. (3d) 575	226
R. c. Van	2009 CSC 22, [2009] 1 R.C.S. 716	519
R. c. Van der Peet	[1996] 2 R.C.S. 507	551
R. c. Vickberg	(1998), 16 C.R. (5th) 164	613
R. c. Ville de Sault Ste-Marie	[1978] 2 R.C.S. 1299	360
R. c. W. McKenzie Securities Ltd.	(1966), 56 D.L.R. (2d) 56	861
R. c. Walker	2008 CSC 34, [2008] 2 R.C.S. 245	209, 412
R. c. Wu	2003 CSC 73, [2003] 3 R.C.S. 530	126
R. c. Yebes	[1987] 2 R.C.S. 168	9, 21, 32
R. c. York	2005 BCCA 74, 193 C.C.C. (3d) 331	176
Rabey c. La Reine	(1977), 17 O.R. (2d) 1	601
Rabey c. La Reine	[1980] 2 R.C.S. 513	596
Rasanen c. Rosemount Instruments Ltd.	(1994), 112 D.L.R. (4th) 683	448
Re Corporation of the City of Penticton and Canadian Union of Public Employees, Local 608	(1978), 18 L.A.C. (2d) 307	631
Re the Initiative and Referendum Act	[1919] A.C. 935	871
Re Wakim; Ex parte McNally	[1999] HCA 27, 198 C.L.R. 511	863
Reference re Securities Act (Canada)	2011 ABCA 77, 41 Alta. L.R. (5th) 145	857
Reno c. American Civil Liberties Union	521 U.S. 844 (1997)	287
Renvoi relatif à la Loi sur l'assurance emploi (Can.), art. 22 et 23	2005 CSC 56, [2005] 2 R.C.S. 669	866
Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu (Can.)	2000 CSC 31, [2000] 1 R.C.S. 783	868
Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île du Prince Édouard	[1997] 3 R.C.S. 3	865
Renvoi relatif à la sécession du Québec	[1998] 2 R.C.S. 217	865
Richardson c. Richardson	[1987] 1 R.C.S. 857	785, 804
Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)	[1998] 1 R.C.S. 27	351, 461, 490, 698
RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)	[1995] 3 R.C.S. 199	868
Rocois Construction Inc. c. Québec Ready Mix Inc.	[1990] 2 R.C.S. 440	437
Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)	[1993] 3 R.C.S. 519	175
Rothmans, Benson & Hedges Inc. c. Saskatchewan	2005 CSC 13, [2005] 1 R.C.S. 188	647
Rousseau c. La Reine	[1985] 2 R.C.S. 38	411
Ryan c. Moore	2005 CSC 38, [2005] 2 R.C.S. 53	623

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
S		
Schuldt c. La Reine	[1985] 2 R.C.S. 592	208
Schweneke c. Ontario	(2000), 47 O.R. (3d) 97	467
Scott c. Hull	259 N.E.2d 160 (1970)	309
SEFPO c. Ontario (Procureur général)	[1987] 2 R.C.S. 2	866
Smith c. Alliance Pipeline Ltd.	2011 CSC 7, [2011] 1 R.C.S. 160	483, 626, 673
Smith c. Matsqui (Dist.)	(1986), 4 B.C.L.R. (2d) 342	308
Smith c. The Queen	[1960] R.C.S. 776	861
Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Assoc. canadienne des fournisseurs Internet	2004 CSC 45, [2004] 2 R.C.S. 427	283, 298
Société canadienne des postes c. Alliance de la Fonction publique du Canada	2010 CAF 56, [2011] 2 R.C.F. 221	716
Spencer c. Spencer	2005 SKQB 116, 261 Sask. R. 150	812
Spike c. Golding	(1895), 27 N.S.R. 370	282
Stanley c. Shaw	2006 BCCA 467, 231 B.C.A.C. 186	281, 308
Stones c. Stones	2004 BCCA 99, 195 B.C.A.C. 41	814
Stovin c. Wise	[1996] A.C. 923	90
Stuart Investments Ltd. c. La Reine	[1984] 1 R.C.S. 536	763
Succession Odhavji c. Woodhouse	2003 CSC 69, [2003] 3 R.C.S. 263	66
Sun Life Assurance Co. of Canada c. W. H. Smith and Son Ltd.	(1934), 150 L.T. 211	283
Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) ...	2002 CSC 1, [2002] 1 R.C.S. 3	181
Sutherland Shire Council c. Heyman	(1985), 157 C.L.R. 424	90
Swinamer c. Nouvelle-Écosse (Procureur général)	[1994] 1 R.C.S. 445	88
Syl Apps Secure Treatment Centre c. B.D.	2007 CSC 38, [2007] 3 R.C.S. 83	67
Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick	[1979] 2 R.C.S. 227	489, 675, 703, 715
Syndicat des professeurs du collège de Lévis-Lauzon c. CEGEP de Lévis-Lauzon	[1985] 1 R.C.S. 596	675
T		
Tacket c. General Motors Corp.	836 F.2d 1042 (1987)	309
Templeton c. Templeton	2005 ABCA 133, 363 A.R. 392	813
The Trial of Thomas Hardy for High Treason	(1794), 24 St. Tr. 199	385
Toronto (Ville) c. S.C.F.P., section locale 79	2003 CSC 63, [2003] 3 R.C.S. 77	439, 452, 487, 627
Toussaint c. Conseil canadien des relations du travail	(1993), 160 N.R. 396	670
Tranchemontagne c. Ontario (Directeur du Programme ontarien de soutien aux personnes handicapées)	2006 CSC 14, [2006] 1 R.C.S. 513	432, 457
« Truth » (N.Z.) Ltd. c. Holloway	[1960] 1 W.L.R. 997	281
Turpin c. Clark	2009 BCCA 530, 4 B.C.L.R. (5th) 48	812
U		
Underhill c. Corser	[2010] EWHC 1195 (BAILII)	310
Union des employés de commerce, local 503 c. Roy	[1980] C.A. 394	675

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
Union internationale des employés des services, local n ^o 333 c. Nipawin District Staff Nurses Assn.	[1975] 1 R.C.S. 382	716
United Nurses of Alberta, Local 160 c. Chinook Regional Health Authority	2002 ABCA 246, 317 A.R. 385	671
United States c. Gaubert	499 U.S. 315 (1991)	92
United States c. Neustadt	366 U.S. 696 (1961)	91
United States c. S.A. Empresa de Viacao Aerea Rio Grandense (Varig Airlines)	467 U.S. 797 (1984)	92
United Taxi Drivers' Fellowship of Southern Alberta c. Calgary (Ville)	2004 CSC 19, [2004] 1 R.C.S. 485	483, 704
Université de la Colombie-Britannique c. Berg	[1993] 2 R.C.S. 353	485
Urbanchich c. Drummoyne Municipal Council	(1991), Aust. Torts Rep. ¶181-127	309
V		
Vancouver (Ville) c. Ward	2010 CSC 27, [2010] 2 R.C.S. 28	264
Vézeau c. La Reine	[1977] 2 R.C.S. 277	404
Villella c. Vancouver (City)	2005 BCHRT 405, [2005] B.C.H.R.T.D. No. 405 (QL)	466
Vizetelly c. Mudie's Select Library, Ltd.	[1900] 2 Q.B. 170	283
W		
Waters c. British Columbia (Director of Employment Standards)	2004 BCSC 1570, 40 C.L.R. (3d) 84	671
Weber c. Ontario Hydro	[1995] 2 R.C.S. 929	466
WIC Radio Ltd. c. Simpson	2008 CSC 40, [2008] 2 R.C.S. 420	287, 295
Wild c. La Reine	[1971] R.C.S. 101	210
Willick c. Willick	[1994] 3 R.C.S. 670	791, 802
Will-Kare Paving & Contracting Ltd. c. Canada	2000 CSC 36, [2000] 1 R.C.S. 915	499
Wilson c. Meyer	126 P.3d 276 (2005)	308
Winko c. Colombie-Britannique (Forensic Psychiatric Institute)	[1999] 2 R.C.S. 625	599
Workers' Compensation Appeal Tribunal (B.C.) c. Hill	2011 BCCA 49, 299 B.C.A.C. 129	434, 467
X		
X c. Bedfordshire County Council	[1995] 3 All E.R. 353	90
Z		
Zeran c. America Online, Inc.	129 F.3d 327 (1997)	286, 316

STATUTES AND REGULATIONS CITED

	PAGE		PAGE
A			
<i>Act respecting industrial accidents and occupational diseases</i> , R.S.Q., c. A-3.001		<i>Controlled Drugs and Substances Act</i> , S.C. 1996, c. 19	
s. 144	635	s. 4(1)	134
<i>Administrative Tribunals Act</i> , S.B.C. 2004, c. 45		ss. 4(3) to 4(6)	134
s. 59	422	s. 5(1)	134
		s. 56	134
B			
<i>Business Practices and Consumer Protection Act</i> , S.B.C. 2004, c. 2		<i>Criminal Code</i> , R.S.C. 1985, c. C-46	
s. 1(1) "supplier"	45	s. 16	575
		s. 33.1	575
		s. 163(3)	326
		s. 163.1(6)	326
		s. 676(1)(a)	197, 326, 368
		s. 686(1)(a)(i)	3
		s. 686(1)(b)(iii)	505
		s. 686(4)(b)(ii)	326
		s. 734(2)	119
		s. 736	120
C			
<i>Canadian Charter of Rights and Freedoms</i>		<i>Customs Act</i> , R.S.C. 1985, c. 1 (2nd Supp.)	
s. 1	134	s. 153(c)	123
s. 7	134		
s. 8	364	D	
s. 9	364	<i>Divorce Act</i> , R.S.C. 1985, c. 3 (2nd Supp.)	
s. 24(1)	134	s. 15.2	775
s. 24(2)	215	s. 17	775, 819
<i>Canadian Human Rights Act</i> , R.S.C. 1985, c. H-6		s. 17(4.1)	775, 819
s. 53(2)(c)	471	E	
s. 53(2)(d)	471	<i>Employment Insurance Act</i> , S.C. 1996, c. 23	
<i>Constitution Act, 1867</i>		s. 126(4)	635
s. 91(2)	837	H	
s. 91(27)	134	<i>Human Rights Code</i> , R.S.B.C. 1996, c. 210	
s. 92(7)	134	s. 8	422
s. 92(13)	134	s. 27(1)	422
s. 92(16)	134		
<i>Constitution Act, 1982</i>			
s. 35(1)	535		

	PAGE		PAGE
I		R	
<i>Income Tax Act</i> , R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.)		<i>Rules of practice of the Superior Court of Québec in family matters</i> , R.R.Q. 1981, c. C-25, r. 9	
s. 84(3)	721	rule 39	819
s. 87(3)	721	<i>Rules of the Supreme Court of Canada</i> , SOR/2002-156	
s. 89(1)	721	r. 47	42
ss. 245(1) to 245(5)	721		
s. 248(10)	721	T	
P		<i>Tobacco Damages and Health Care Costs Recovery Act</i> , S.B.C. 2000, c. 30	
<i>Personal Information Protection Act</i> , S.A. 2003, c. P-6.5		s. 1(1) "manufacturer"	45
s. 50(5)	654	<i>Trade Practice Act</i> , R.S.B.C. 1996, c. 457	
		s. 1 "supplier"	45

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

	PAGE		PAGE
A		L	
<i>Administrative Tribunals Act</i> , S.B.C. 2004, ch. 45		<i>Loi canadienne sur les droits de la personne</i> , L.R.C. 1985, ch. H-6	
art. 59	422	art. 53(2)c)	471
		art. 53(2)d)	471
B		<i>Loi constitutionnelle de 1867</i>	
<i>Business Practices and Consumer Protection Act</i> , S.B.C. 2004, ch. 2		art. 91(2)	837
art. 1(1) « <i>supplier</i> »	45	art. 91(27)	134
		art. 92(7)	134
		art. 92(13)	134
		art. 92(16)	134
C		<i>Loi constitutionnelle de 1982</i>	
<i>Charte canadienne des droits et libertés</i>		art. 35(1)	535
art. 1	134	<i>Loi de l'impôt sur le revenu</i> , L.R.C. 1985, ch. 1 (5 ^e suppl.)	
art. 7	134	art. 84(3)	721
art. 8	364	art. 87(3)	721
art. 9	364	art. 89(1)	721
art. 24(1)	134	art. 245(1) à 245(5)	721
art. 24(2)	215	art. 248(10)	721
<i>Code criminel</i> , L.R.C. 1985, ch. C-46		<i>Loi réglementant certaines drogues et autres substances</i> , L.C. 1996, ch. 19	
art. 16	575	art. 4(1)	134
art. 33.1	575	art. 4(3) à 4(6)	134
art. 163(3)	326	art. 5(1)	134
art. 163.1(6)	326	art. 56	134
art. 676(1)a)	197, 326, 368	<i>Loi sur l'assurance-emploi</i> , L.C. 1996, ch. 23	
art. 686(1)a)(i)	3	art. 126(4)	635
art. 686(1)b)(iii)	505	<i>Loi sur le divorce</i> , L.R.C. 1985, ch. 3 (2 ^e suppl.)	
art. 686(4)b)(ii)	326	art. 15.2	775
art. 734(2)	119	art. 17	775, 819
art. 736	120	art. 17(4.1)	775, 819
H			
<i>Human Rights Code</i> , R.S.B.C. 1996, ch. 210			
art. 8	422		
art. 27(1)	422		

	PAGE		PAGE
R			
<i>Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles</i> , L.R.Q., ch. A-3.001			
art. 144	635	<i>Règles de la Cour suprême du Canada</i> , DORS/2002-156	
<i>Loi sur les douanes</i> , L.R.C. 1985, ch. 1 (2 ^e suppl.)		art. 47	42
art. 153c)	123	<i>Règles de pratique de la Cour supérieure du Québec en matière familiale</i> , R.R.Q. 1981, ch. C-25, r. 9	
P			
<i>Personal Information Protection Act</i> , S.A. 2003, ch. P-6.5		règle 39	819
art. 50(5)	654	T	
		<i>Tobacco Damages and Health Care Costs Recovery Act</i> , S.B.C. 2000, ch. 30	
		art. 1(1) « <i>manufacturer</i> »	45
		<i>Trade Practice Act</i> , R.S.B.C. 1996, ch. 457	
		art. 1 « <i>supplier</i> »	45

AUTHORS CITED

DOCTRINE CITÉE

	PAGE
Adams, George W. <i>Canadian Labour Law</i> , 2nd ed., vol. 1. Toronto: Canada Law Book, 1993 (loose-leaf updated October 2011, release 40).	718
Alexander, Larry, and Kimberly Kessler Ferzan with contributions by Stephen J. Morse. <i>Crime and Culpability: A Theory of Criminal Law</i> . New York: Cambridge University Press, 2009.	597
Balkin, Jack M. “The Future of Free Expression in a Digital Age” (2009), 36 <i>Pepp. L. Rev.</i> 427.	286
Barrett, Joan, and Riun Shandler. <i>Mental Disorder in Canadian Criminal Law</i> . Toronto: Thomson/Carswell, 2006 (loose-leaf updated 2011, release 2).	601
Baynham, Bryan G., and Daniel J. Reid. “The Modern-Day Soapbox: Defamation in the Age of the Internet”, in <i>Defamation Law: Materials prepared for the Continuing Legal Education seminar, Defamation Law 2010</i> . Vancouver: Continuing Legal Education Society of British Columbia, 2010.	290
Boivin, Denis W. “Accommodating Freedom of Expression and Reputation in the Common Law of Defamation” (1996-1997), 22 <i>Queen’s L.J.</i> 229.	287
British Columbia. <i>Official Report of Debates of the Legislative Assembly (Hansard)</i> , vol. 9, 3rd Sess., 37th Parl., October 28, 2002, p. 4094.	464
British Columbia. <i>Official Report of Debates of the Legislative Assembly (Hansard)</i> , vol. 20, 4th Sess., 36th Parl., June 7, 2000, p. 16314.	108
British Columbia. <i>Official Report of Debates of the Legislative Assembly (Hansard)</i> , vol. 21, 3rd Sess., 38th Parl., May 16, 2007, pp. 8088-93.	458
British Columbia. <i>Official Report of Debates of the Legislative Assembly (Hansard)</i> , vol. 21, 4th Sess., 35th Parl., June 22, 1995, p. 16062.	445
British Columbia. Workers’ Compensation Board. <i>Rehabilitation Services and Claims Manual</i> , vols. I and II, updated June 2011 (online: http://www.worksafebc.com/publications/policy_manuals/rehabilitation_services_and_claims_manual/default.asp).	431
Brown, Donald J. M., and John M. Evans, with the assistance of Christine E. Deacon. <i>Judicial Review of Administrative Action in Canada</i> , vol. 3. Toronto: Canvasback, 1998 (loose-leaf updated August 2011).	715
Brown, Raymond E. <i>Brown on Defamation: Canada, United Kingdom, Australia, New Zealand, United States</i> , vols. 1 and 2, 2nd ed. Toronto: Carswell, 1994 (loose-leaf updated 2011, release 3).	283, 296
Bryden, Philip. “Standards of Review and Sufficiency of Reasons: Some Practical Considerations” (2006), 19 <i>C.J.A.L.P.</i> 191.	717

Canada. Agence des douanes et du revenu du Canada. Bulletin d'interprétation IT-463R2, « Capital versé », 8 septembre 1995.	749
Canada. Canada Customs and Revenue Agency. Interpretation Bulletin IT-463R2, "Paid-up Capital", September 8, 1995.	749
Canada. Canadian Human Rights Act Review Panel. <i>Promoting Equality: A New Vision</i> . Ottawa: Department of Justice, 2000.	503
Canada. Chambre des communes. <i>Débats de la Chambre des communes</i> , vol. 133, 1 ^{re} sess., 35 ^e lég., 20 septembre 1994, p. 5872.	125
Canada. Chambre des communes. <i>Débats de la Chambre des communes</i> , vol. 133, 1 ^{re} sess., 35 ^e lég., 22 juin 1995, p. 14470.	591
Canada. Chambre des communes. <i>Témoignages du Comité permanent de la santé</i> , n ^o 032, 2 ^e sess., 39 ^e lég., 29 mai 2008 (en ligne : http://www.parl.gc.ca/HousePublications/Publication.aspx?DocId=3529880&Mode=1&Parl=39&Ses=2&Language=F).	183
Canada. Comité de révision de la Loi canadienne sur les droits de la personne. <i>La promotion de l'égalité : Une nouvelle vision</i> . Ottawa : Ministère de la Justice, 2000.	503
Canada. Commission des droits de la personne. <i>Rapport annuel 1985</i> . Ottawa : La Commission, 1986.	500
Canada. Commission des droits de la personne. <i>Rapport spécial au Parlement : Liberté d'expression et droit à la protection contre la haine à l'ère d'Internet</i> . Ottawa : La Commission, 2009.	500
Canada. Commission royale d'enquête sur le système bancaire et financier. <i>Rapport de la Commission royale d'enquête sur le système bancaire et financier</i> . Ottawa : Imprimeur de la Reine, 1964.	848
Canada. Commission royale d'enquête sur les écarts de prix. <i>Rapport de la Commission royale d'enquête sur les écarts de prix</i> . Ottawa : Imprimeur du Roi, 1935.	848
Canada. Commission royale sur l'union économique et les perspectives de développement du Canada. <i>Rapport</i> , vol. 3. Ottawa : Ministre des Approvisionnements et Services Canada, 1985.	851
Canada. Consommation et Corporations. <i>Avant-projet d'une loi canadienne sur le marché des valeurs mobilières</i> , vol. 2 — Commentaire. Ottawa : Ministre des Approvisionnements et Services Canada, 1979.	850
Canada. Consumer and Corporate Affairs. <i>Proposals for a Securities Market Law for Canada</i> , vol. 2 — Commentary. Ottawa: Minister of Supply and Services Canada, 1979.	850
Canada. Health Canada. <i>Vancouver's INSITE service and other Supervised injection sites: What has been learned from research? — Final report of the Expert Advisory Committee</i> , March 31, 2008 (online: http://www.hc-sc.gc.ca/ahec-asc/pubs/_sites-lieux/insite/index-eng.php).	154
Canada. House of Commons. <i>Evidence of the Standing Committee on Health</i> , No. 032, 2nd Sess., 39th Parl., May 29, 2008 (online: http://www.parl.gc.ca/HousePublications/Publication.aspx?DocId=3529880&Language=E&Mode=1&Parl=39&Ses=2).	183
Canada. House of Commons. <i>House of Commons Debates</i> , vol. 133, 1st Sess., 35th Parl., June 22, 1995, p. 14470.	591
Canada. House of Commons. <i>House of Commons Debates</i> , vol. 133, 1st Sess., 35th Parl., September 20, 1994, p. 5872.	125
Canada. Human Rights Commission. <i>Annual Report 1985</i> . Ottawa: The Commission, 1986.	500
Canada. Human Rights Commission. <i>Special Report to Parliament: Freedom of Expression and Freedom from Hate in the Internet Age</i> . Ottawa: The Commission, 2009.	500

Canada. <i>Memorandum of Understanding Regarding the Regulation of Securities in Canada</i> (draft), reproduced at (1994), 17 OSCB 4401.	851
Canada. <i>Protocole d'entente concernant la réglementation régissant les valeurs mobilières au Canada</i> (ébauche), juin 1994.	851
Canada. Royal Commission on Banking and Finance. <i>Report of the Royal Commission on Banking and Finance</i> . Ottawa: Queen's Printer, 1964.	848
Canada. Royal Commission on Price Spreads. <i>Report of the Royal Commission on Price Spreads</i> . Ottawa: King's Printer, 1935.	851
Canada. Royal Commission on the Economic Union and Development Prospects for Canada. <i>Report</i> , vol. 3. Ottawa: Minister of Supply and Services Canada, 1985.	853
Canada. Santé Canada. <i>INSITE de Vancouver et autres sites d'injection supervisés : Observations tirées de la recherche — Rapport final du Comité consultatif d'experts sur la recherche sur les sites d'injection supervisés</i> , 1 ^{er} mars 2008 (en ligne : http://www.hc-sc.gc.ca/ahc-asc/pubs/_sites-lieux/insite/index-fra.php).	154
Canadian Judicial Council. Model Jury Instructions, Part III, Final Instructions, 9.4 Assessment of Evidence, February 2004 (online: http://www.cjc-ccm.gc.ca/english/lawyers_en.asp?selMenu=lawyers_NCJI-Jury-Instruction-Final-2004-02_en.asp#_Toc290368699).	208
<i>Canadian Oxford Dictionary</i> , 2nd ed. Don Mills, Ont.: Oxford University Press, 2004, "apparent".	18
Cardarelli, Corrado. "Transactions Involving Paid-Up Capital", in <i>Report of Proceedings of the Fifty-Sixth Tax Conference</i> . Toronto: Canadian Tax Foundation/Association canadienne d'études fiscales, 2005, 26:1.	761
Collins, Matthew. <i>The Law of Defamation and the Internet</i> , 3rd ed. New York: Oxford University Press, 2010.	278, 300
Colombie-Britannique. <i>Official Report of Debates of the Legislative Assembly (Hansard)</i> , vol. 9, 3rd Sess., 37th Parl., October 28, 2002, p. 4094.	464
Colombie-Britannique. <i>Official Report of Debates of the Legislative Assembly (Hansard)</i> , vol. 20, 4th Sess., 36th Parl., June 7, 2000, p. 16314.	108
Colombie-Britannique. <i>Official Report of Debates of the Legislative Assembly (Hansard)</i> , vol. 21, 3rd Sess., 38th Parl., May 16, 2007, pp. 8088-93.	458
Colombie-Britannique. <i>Official Report of Debates of the Legislative Assembly (Hansard)</i> , vol. 21, 4th Sess., 35th Parl., June 22, 1995, p. 16062.	445
Colombie-Britannique. Workers' Compensation Board. <i>Rehabilitation Services and Claims Manual</i> , vols. I and II, updated June 2011 (online : http://www.worksafebc.com/publications/policy_manuals/rehabilitation_services_and_claims_manual/default.asp).	444, 465
Comité de personnes averties — Comité pour examiner la structure de la réglementation des valeurs mobilières au Canada. <i>C'est le temps d'agir</i> . Ottawa : Ministère des Finances, 2003.	852
Commission des valeurs mobilières de l'Ontario. « CANSEC : Legal and Administrative Concepts » (November 1967), OSCB 61.	849
Conseil canadien de la magistrature. Modèles de directives au jury, partie III, Directives finales, 9.4 Évaluation de la preuve, février 2004 (en ligne : http://www.cjc-ccm.gc.ca/french/lawyers_fr.asp?selMenu=lawyers%5FNCJI%2DJury%2DInstruction%2DFinal%2D2004%2D02%5Ffr%2Easp#_Toc187642363).	208
Côté, Pierre-André, avec la collaboration de Stéphane Beaulac et Mathieu Devinat. <i>Interprétation des lois</i> , 4 ^e éd. Montréal : Thémis, 2009.	496, 650

Côté, Pierre-André, in collaboration with Stéphane Beaulac and Mathieu Devinat. <i>The Interpretation of Legislation in Canada</i> , 4th ed. Toronto: Carswell, 2011.	650
Crawford Panel on a Single Canadian Securities Regulator. <i>Blueprint For A Canadian Securities Commission — Final Paper</i> . Ottawa: Government of Ontario, 2006.	853
D.-Castelli, Mireille, et Dominique Goubau. <i>Le droit de la famille au Québec</i> , 5 ^e éd. Québec : Presses de l'Université Laval, 2005.	812
Dalal, Anjali. "Protecting Hyperlinks and Preserving First Amendment Values on the Internet" (2011), 13 <i>U. Pa. J. Const. L.</i> 1017.	288
Danay, Robert. "The Medium is not the Message: Reconciling Reputation and Free Expression in Cases of Internet Defamation" (2010), 56 <i>McGill L.J./R.D. McGill</i> 1.	287
Dickerson, Robert W. V., John L. Howard and Leon Getz. <i>Proposals for a New Business Corporations Law for Canada</i> , vol. I. Ottawa: Information Canada, 1971.	762
Dickerson, Robert W. V., John L. Howard et Leon Getz. <i>Propositions pour un nouveau droit des corporations commerciales canadiennes</i> , vol. I. Ottawa : Information Canada, 1971.	762
Driedger, Elmer A. <i>Construction of Statutes</i> , 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.	490, 698
Duff, David G. "The Supreme Court of Canada and the General Anti-Avoidance Rule: <i>Canada Trustco and Mathew</i> ", in David G. Duff and Harry Erlichman, eds., <i>Tax Avoidance in Canada After Canada Trustco and Mathew</i> . Toronto: Irwin Law, 2007, 1.	742
Duff, David G., et al. <i>Canadian Income Tax Law</i> , 3rd ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2009.	736
Dyzenhaus, David. "The Politics of Deference: Judicial Review and Democracy", in Michael Taggart, ed., <i>The Province of Administrative Law</i> . Oxford: Hart, 1997, 279.	714
Expert Panel on Securities Regulation. <i>Creating an Advantage in Global Capital Markets — Final Report and Recommendations</i> . Ottawa: Department of Finance, 2009.	853
Garant, Patrice, avec la collaboration de Philippe Garant et Jérôme Garant. <i>Droit administratif</i> , 6 ^e éd. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2010.	484
<i>Gatley on Libel and Slander</i> , 11th ed. by Patrick Milmo and W. V. H. Rogers. London: Sweet & Maxwell, 2008.	307
Gillen, Mark R. <i>Securities Regulation in Canada</i> , 3rd ed. Toronto: Thomson/Carswell, 2007.	859
Groupe Crawford sur un organisme unique de réglementation des valeurs mobilières au Canada. <i>Ébauche d'une Commission canadienne des valeurs mobilières — Document définitif</i> . Ottawa : Gouvernement de l'Ontario, 2006.	853
Groupe d'experts sur la réglementation des valeurs mobilières. <i>Créer un avantage sur les marchés des capitaux mondiaux — Rapport final et recommandations</i> . Ottawa : Ministère des Finances, 2009.	853
Hawkins, Robert E. "Whither Judicial Review?" (2010), 88 <i>Can. Bar Rev./R. du B. can.</i> 603.	489
Hiltz, Michael. "Section 245 of the Income Tax Act", in <i>Report of Proceedings of the Fortieth Tax Conference</i> . Toronto: Canadian Tax Foundation/Association canadienne d'études fiscales, 1989, 7:1.	741
Hogg, Peter W. <i>Constitutional Law of Canada</i> , 5th ed. Supp., vol. 1. Scarborough, Ont.: Thomson/Carswell, 2007 (updated 2010, release 1).	643, 889
Hogg, Peter W., and Patrick J. Monahan. <i>Liability of the Crown</i> , 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 2000.	643
Hovius, Berend, and Mary-Jo Maur. <i>Hovius on Family Law: Cases, Notes and Materials</i> , 7th ed. Toronto: Carswell, 2009.	784

Howard, John L. « Réglementation des valeurs mobilières : structure et fonctionnement », dans <i>Avant-projet d'une loi canadienne sur le marché des valeurs mobilières</i> , vol. 3 — Documentation de base. Ottawa : Ministre des Approvisionnements et Services Canada, 1979, 1815.	850
Howard, John L. "Securities Regulation: Structure and Process", in <i>Proposals for a Securities Market Law for Canada</i> , vol. 3 — Background Papers. Ottawa: Minister of Supply and Services Canada, 1979, 1607.	850
Hubbard, Robert W., Susan Magotiaux and Suzanne M. Duncan. <i>The Law of Privilege in Canada</i> . Aurora, Ont.: Canada Law Book, 2006 (loose-leaf updated May 2011, release 12).	388
Huscroft, Grant. "The Duty of Fairness: From Nicholson to Baker and Beyond", in Colleen M. Flood and Lorne Sossin, eds., <i>Administrative Law in Context</i> . Toronto: Emond Montgomery, 2008, 115.	717
Iacobucci, Frank. "Recent Developments Concerning Freedom of Speech and Privacy in the Context of Global Communications Technology" (1999), 48 <i>U.N.B.L.J.R.D. U.N.-B.</i> 189.	307
Issalys, Pierre, et Denis Lemieux. <i>L'action gouvernementale : Précis de droit des institutions administratives</i> , 3 ^e éd. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2009.	643
Jones, David Phillip, and Anne S. de Villars. <i>Principles of Administrative Law</i> , 5th ed. Toronto: Carswell, 2009.	714
Klar, Lewis N. <i>Tort Law</i> , 4th ed. Toronto: Thomson Carswell, 2008.	287
Krishna, Vern. <i>The Fundamentals of Income Tax Law</i> . Toronto: Carswell, 2009.	747
Lange, Donald J. <i>The Doctrine of Res Judicata in Canada</i> , 3rd ed. Markham, Ont.: LexisNexis Canada, 2010.	452
<i>Le Nouveau Petit Robert : dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française</i> . Paris : Le Robert, 2010, « apparent ».	18
Lidsky, Lyrrisa Barnett. "Silencing John Doe: Defamation & Discourse in Cyberspace" (2000), 49 <i>Duke L.J.</i> 855.	289
Linden, Allen M., and Bruce Feldthusen. <i>Canadian Tort Law</i> , 8th ed. Markham, Ont.: LexisNexis Butterworths, 2006.	283
Lindsay, David. <i>Liability for the Publication of Defamatory Material via the Internet</i> , Research Paper No. 10. Melbourne: University of Melbourne, Centre for Media, Communications and Information Technology Law, 2000.	285
Lovett, Deborah K., and Angela R. Westmacott. "Human Rights Review: A Background Paper", prepared for Administrative Justice Project, Ministry of Attorney General of British Columbia, 2001 (online: http://www.llbc.leg.bc.ca/public/PubDocs/bcdocs/350060/hrr.pdf).	444, 465
Macaulay, Robert W., and James L. H. Sprague. <i>Practice and Procedure Before Administrative Tribunals</i> , vol. 3. Toronto: Carswell, 2004 (loose-leaf updated 2010, release 6).	692
Macklin, Audrey. "Standard of Review: The Pragmatic and Functional Test", in <i>Administrative Law in Context</i> , Colleen M. Flood and Lorne Sossin, eds. Toronto: Emond Montgomery, 2008, 197.	484
McGuinness, Kevin Patrick. <i>Canadian Business Corporations Law</i> , 2nd ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2007.	749
McLeod, James G. Annotation to <i>Ambler v. Ambler</i> (2004), 5 R.F.L. (6th) 229.	814
McLeod, James G. Annotation to <i>Dolson v. Dolson</i> (2004), 7 R.F.L. (6th) 25.	813
McNairn, Colin H. H. <i>Governmental and Intergovernmental Immunity in Australia and Canada</i> . Toronto: University of Toronto Press, 1977.	643

Mitchell, Donald, and Leland Donald. "Sharing Resources on the North Pacific Coast of North America: The Case of the Eulachon Fishery" (2001), 43 <i>Anthropologica</i> 19.	547
Mnookin, Robert H. "Divorce Bargaining: The Limits on Private Ordering" (1985), 18 <i>U. Mich. J.L. Ref.</i> 1015.	785
Mullan, David. " <i>Dunsmuir v. New Brunswick</i> , Standard of Review and Procedural Fairness for Public Servants: Let's Try Again!" (2008), 21 <i>C.J.A.L.P.</i> 117.	695, 714
Mullan, David J. "The McLachlin Court and the Public Law Standard of Review: A Major Irritant Soothed or a Significant Ongoing Problem?", in David A. Wright and Adam M. Dodek, eds., <i>Public Law at the McLachlin Court: The First Decade</i> . Toronto: Irwin Law, 2011, 79.	679
<i>Multidictionnaire de la langue française</i> , 5 ^e éd. Montréal : Québec Amérique, 2009, « politique ».	94
<i>New Oxford Dictionary of English</i> . Oxford: Clarendon Press, 1998, "policy".	94
Ontario Securities Commission. "CANSEC: Legal and Administrative Concepts" (November 1967), OSCB 61.	849
Osborne, Philip H. <i>The Law of Torts</i> , 4th ed. Toronto: Irwin Law, 2011.	283
<i>Oxford English Dictionary</i> , 2nd ed., vol. III. Oxford: Clarendon Press, 1989, "contemplation".	742
Parent, Hugues. « Les Troubles psychotiques induits par une substance en droit pénal canadien : analyse médicale et juridique d'un concept en pleine évolution » (2010), 69 <i>R. du B.</i> 103.	605
Parent, Hugues. <i>Responsabilité pénale et troubles mentaux : Histoire de la folie en droit pénal français, anglais et canadien</i> . Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 1999.	596
Payne, Julien D., and Marilyn A. Payne. <i>Canadian Family Law</i> , 3rd ed. Toronto: Irwin Law, 2008.	797, 803
Pineau, Jean, et Marie Pratte. <i>La famille</i> . Montréal : Thémis, 2006.	812
Ross, June. "The Common Law of Defamation Fails to Enter the Age of the Charter" (1996), 35 <i>Alta. L. Rev.</i> 117.	287
Sableman, Mark. "Link Law Revisited: Internet Linking Law at Five Years" (2001), 16 <i>Berkeley Tech. L.J.</i> 1273.	288
Saunders, Brian J., Donald J. Rennie and Graham Garton. <i>Federal Courts Practice 2011</i> . Toronto: Carswell, 2010.	651
Sopinka, John, and Mark A. Gelowitz. <i>The Conduct of an Appeal</i> , 2nd ed. Toronto: Butterworths, 2000. ...	671
Streeter, Jeremy. "The 'Deception Exception': A New Approach to Section 2(b) Values and Its Impact on Defamation Law" (2003), 61 <i>U.T. Fac. L. Rev.</i> 79.	287
Sullivan, Ruth. <i>Sullivan on the Construction of Statutes</i> , 5th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2008	352, 491, 754
Watt, David. <i>Watt's Manual of Criminal Jury Instructions</i> . Toronto: Thomson/Carswell, 2005.	394
<i>Webster's Third New International Dictionary</i> . Springfield, Mass.: Merriam-Webster, 1986, "contemplation".	742
Wise Persons' Committee — Committee to Review the Structure of Securities Regulation in Canada. <i>It's Time</i> . Ottawa: Department of Finance, 2003.	852

Copthorne Holdings Ltd. Appellant

v.

Her Majesty The Queen Respondent**INDEXED AS: COPTHORNE HOLDINGS LTD. v. CANADA****2011 SCC 63**

File No.: 33283.

2011: January 21; 2011: December 16.

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

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Taxation — Income tax — Tax avoidance — Interpretation and application of general anti-avoidance rule — Series of transactions involving paid-up capital of a corporation — Treatment of paid-up capital upon amalgamation — Withholding tax on deemed dividend — Whether these transactions resulted in a tax benefit — Was the transaction giving rise to tax benefit an avoidance transaction — Interpretation of “contemplation” in the test for a statutory series — Whether transaction or series of transactions results in abuse and misuse of Income Tax Act — Whether general anti-avoidance rule applicable to deny tax benefit — Income Tax Act, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.), ss. 84(3), 87(3), 89(1), 245(1) to (5), 248(10).

By a series of transactions, two Canadian corporations within the same corporate group (referred to in the reasons as Copthorne I and VHHC Holdings Ltd.) that had been parent and subsidiary became “sister” corporations — that is, corporations owned directly by the same non-resident shareholder, Big City Project Corporation B.V. The sister corporations were then amalgamated — a “horizontal” amalgamation — and the paid-up capital (“PUC”) of their respective shares was aggregated to form the PUC of the shares of the amalgamated corporation. Had they remained as parent and subsidiary, the PUC of the shares of the subsidiary would have been cancelled on amalgamation. The amalgamated corporation then redeemed a large portion of its shares and paid out the aggregate PUC attributable

Copthorne Holdings Ltd. Appelante

c.

Sa Majesté la Reine Intimée**RÉPERTORIÉ : COPTHORNE HOLDINGS LTD. c. CANADA****2011 CSC 63**

N° du greffe : 33283.

2011 : 21 janvier; 2011 : 16 décembre.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Droit fiscal — Impôt sur le revenu — Évitement fiscal — Interprétation et application de la règle générale anti-évitement — Série d'opérations mettant en jeu le capital versé d'une société — Sort du capital versé en cas de fusion — Retenue d'impôt sur un dividende réputé — Un avantage fiscal a-t-il découlé de ces opérations? — L'opération ayant généré l'avantage fiscal était-elle une opération d'évitement? — Interprétation du terme anglais « contemplation » dans la définition légale d'une série — L'opération ou la série d'opérations constitue-t-elle un abus dans l'application de la Loi de l'impôt sur le revenu? — La règle générale anti-évitement permet-elle de supprimer l'avantage fiscal? — Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. 1985, ch. 1 (5^e suppl.), art. 84(3), 87(3), 89(1), 245(1) à (5), 248(10).

Deux sociétés canadiennes d'un même groupe (appelées Copthorne I et VHHC Holdings Ltd. dans les motifs) qui étaient société mère et filiale sont devenues, au terme d'une série d'opérations, des sociétés « sœurs », c'est-à-dire des sociétés appartenant directement au même actionnaire non résident, Big City Project Corporation B.V. Les sociétés sœurs ont ensuite fusionné « horizontalement », et le capital versé (« CV ») des actions de l'une s'est ajouté au CV des actions de l'autre pour former le CV des actions de la société issue de la fusion. Si elles avaient encore été une société mère et une filiale, le CV des actions de la filiale aurait été annulé par la fusion. La société issue de la fusion a ensuite racheté un bloc important de ses actions et versé l'équivalent de leur CV à son

to the redeemed shares to its non-resident shareholder. That payment was not treated as taxable income to the shareholder but instead as a return of capital.

No provision of the *Income Tax Act* (“Act”) expressly required the return of PUC in this case to be treated as a taxable payment. Nonetheless, the Minister of National Revenue considered the transactions by which the parent and subsidiary became sister corporations to have circumvented certain provisions of the Act in an abusive manner and thus to have contravened s. 245 of the Act, the general anti-avoidance rule, or the “GAAR”. Applying the GAAR, the Minister concluded that the PUC of the shares of the former subsidiary should have been cancelled upon amalgamation with its former parent corporation, as required by s. 87(3). If the PUC of the shares of the amalgamated corporation was reduced, the amount paid to the shareholder in excess of the reduced PUC would have constituted a deemed dividend subject to tax. The Minister reassessed the amalgamated corporation for unpaid withholding tax on the deemed dividend portion of the amount paid to the non-resident shareholder upon redemption. The Tax Court of Canada and Federal Court of Appeal upheld the reassessments.

Held: The appeal should be dismissed.

The general anti-avoidance rule scheme is set out in ss. 245(1) to (5) of the Act and requires that three questions be decided: (1) was there a tax benefit; (2) was the transaction giving rise to the tax benefit an avoidance transaction; and (3) was the avoidance transaction giving rise to the tax benefit abusive. The burden is on the taxpayer to refute the Minister’s assumption of the existence of a tax benefit. Where, as here, the Tax Court judge has made a finding of fact on the existence of a tax benefit, it is only appropriate for a reviewing court to overturn such a finding where an appellant can show a palpable and overriding error. The existence of a tax benefit can be established by comparing the taxpayer’s situation with an alternative arrangement that could reasonably have been carried out but for the existence of the tax benefit. In this case, the vertical amalgamation comparison used by the Minister was appropriate, and the finding of the Tax Court that there was a tax benefit should be affirmed.

Under s. 245(3) of the Act, a transaction will be an avoidance transaction if it results in a tax benefit, and is not undertaken primarily for a *bona fide* non-tax purpose. An avoidance transaction may operate alone to produce a tax benefit, or may operate as part of a series of transactions to produce a tax benefit. Where, as here,

actionnaire non résident. Le paiement n’a pas été considéré comme un revenu imposable, mais plutôt comme un remboursement de capital à l’actionnaire.

Nulle disposition de la *Loi de l’impôt sur le revenu* (« Loi ») n’exigeait expressément, dans ce cas, que le remboursement du CV soit considéré comme un paiement imposable. Le ministre du Revenu national a néanmoins estimé que les opérations à l’issue desquelles la société mère et sa filiale étaient devenues des sociétés sœurs avaient contourné l’application de certaines dispositions de la Loi de manière abusive et contrevenu ainsi à l’art. 245 de la Loi (la règle générale anti-évitement ou « RGAÉ »). En application de la RGAÉ, le ministre a conclu que la fusion de la filiale avec sa société mère aurait dû annuler le CV des actions de la filiale conformément au par. 87(3). Si le CV des actions de la société issue de la fusion avait été réduit, la tranche de la somme versée à l’actionnaire qui excédait le CV réduit aurait constitué un dividende réputé imposable. La société issue de la fusion a fait l’objet d’une nouvelle cotation pour la retenue d’impôt non remise sur la portion — qui constituait un dividende réputé — de la somme touchée par l’actionnaire non résident lors du rachat. La Cour canadienne de l’impôt et la Cour d’appel fédérale ont confirmé les nouvelles cotisations.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

Le régime de la règle générale anti-évitement défini aux par. 245(1) à (5) de la Loi exige que l’on détermine ce qui suit : (1) y a-t-il eu avantage fiscal, (2) l’opération ayant généré l’avantage fiscal était-elle une opération d’évitement et (3) l’opération d’évitement ayant généré l’avantage fiscal était-elle abusive? C’est au contribuable qu’il incombe de réfuter la thèse du ministre selon laquelle il y a avantage fiscal. Lorsque, comme en l’espèce, un juge de la Cour de l’impôt tire la conclusion de fait qu’il existe un avantage fiscal, le tribunal d’appel ne peut infirmer celle-ci que si l’appelant prouve l’erreur manifeste et dominante. L’existence d’un avantage fiscal peut être établie en comparant la situation du contribuable à celle produite par un autre mécanisme qui aurait pu raisonnablement avoir été employé n’eût été l’avantage fiscal. En l’espèce, la comparaison avec la fusion verticale effectuée par le ministre convenait, et la conclusion de la juge de la Cour de l’impôt selon laquelle il existait un avantage fiscal doit être confirmée.

Suivant le par. 245(3) de la Loi, constitue une opération d’évitement l’opération dont découle un avantage fiscal et qui n’est pas effectuée principalement pour un objet véritable non fiscal. Une opération d’évitement peut conférer un avantage fiscal de façon indépendante ou elle peut faire partie d’une série d’opérations qui

the Minister assumes that the tax benefit resulted from a series of transactions rather than a single transaction, it is necessary to determine if there was a series, which transactions make up the series, and whether the tax benefit resulted from the series. The starting point is the common law test for a series upon which “each transaction in the series is pre-ordained to produce a final result”. Section 248(10) of the Act extends the meaning of “series of transactions” to include any related transactions or events completed “in contemplation of” the series. The Court must decide whether the series was taken into account when the decision was made to undertake the related transaction in the sense that it was done, on a balance of probabilities, “in relation to” or “because of” the series. Each case will be decided on its own facts. The length of time between the series and the related transaction may be a relevant consideration in some cases, as would intervening events taking place between the series and the completion of the related transaction. Although the “because of” or “in relation to” test does not require a “strong nexus”, it does require more than a mere possibility or a connection with an extreme degree of remoteness.

“Contemplation” in s. 248(10) should be read both prospectively and retrospectively. The text and context of s. 248(10) leave open when the contemplation of the series must take place. Nothing in the text specifies when the related transaction must be completed in relation to the series. Specifically, nothing suggests that the related transaction must be completed in contemplation of a subsequent series. Here, the Tax Court and the Federal Court of Appeal correctly concluded that the redemption transaction was part of the same series as the prior sale and amalgamation, and that the series, including the redemption transaction, resulted in the tax benefit.

If there is a series that results, directly or indirectly, in a tax benefit, it will be caught by s. 245(3) as an avoidance transaction unless each transaction within the series could reasonably be considered to have been undertaken or arranged primarily for *bona fide* purposes other than to obtain a tax benefit. This determination is to be objectively considered, and must be based on all of the evidence available to the court. Here, the Tax Court judge was correct to find that the sale of the VHHC Holdings shares to the non-resident parent corporation was not primarily undertaken for a *bona fide* non-tax purpose. Because there was a series of transactions which resulted in a tax benefit, the finding that one transaction in the series was an avoidance transaction satisfies the requirements of s. 245(3).

confère un avantage. Lorsque, comme en l'espèce, le ministre tient pour acquis que l'avantage fiscal découle d'une série d'opérations et non d'une seule, il faut déterminer s'il y a une série, quelles opérations en font partie et si l'avantage fiscal découle de la série. Le point de départ réside dans la common law anglaise qui définit la série de telle sorte que « chaque opération dans la série est déterminée d'avance pour produire un résultat final ». Le paragraphe 248(10) élargit le sens de l'expression « série d'opérations » de manière à inclure les opérations ou événements liés terminés « en vue de réaliser » la série. La Cour doit déterminer, suivant la prépondérance des probabilités, si la série a joué dans la décision d'effectuer l'opération liée, au sens où l'opération est intervenue « en raison de » la série ou « relativement à » celle-ci. Chaque affaire est jugée en fonction des faits qui lui sont propres. Le temps écoulé entre la série et l'opération liée peut parfois constituer un facteur pertinent, tout comme les événements qui surviennent entre elles. Bien que le critère de l'opération liée effectuée « en raison de » la série ou « relativement à » celle-ci n'exige pas de « lien étroit », il requiert tout de même plus qu'une simple possibilité ou qu'un lien d'un degré d'éloignement extrême.

Il convient de donner au terme anglais « *contemplation* » employé au par. 248(10) une portée tant prospective que rétrospective. Le texte et le contexte du par. 248(10) ne précisent pas le moment où la réalisation de la série doit être en vue (« *contemplated* »). Aucun élément du texte n'indique à quel moment l'opération liée doit être terminée par rapport à la série. Plus précisément, rien ne donne à penser que l'opération liée doit être terminée en vue (« *in contemplation* ») d'une série subséquente. Dans la présente affaire, la Cour de l'impôt et la Cour d'appel fédérale ont eu raison de conclure que le rachat fait partie de la série constituée de la vente et de la fusion antérieures et que la série, une fois le rachat inclus, a procuré un avantage fiscal.

La série d'opérations dont découle directement ou non un avantage fiscal tombe sous le coup du par. 245(3), sauf s'il est raisonnable de considérer que chacune des opérations de la série est principalement effectuée pour un objet véritable non fiscal. Il faut se prononcer de façon objective, au vu de l'ensemble de la preuve présentée à la cour. En l'espèce, la juge de la Cour de l'impôt a eu raison de conclure que la vente des actions de VHHC Holdings à la société mère non résidente n'a pas été principalement effectuée pour un objet véritable non fiscal. Vu l'existence d'une série d'opérations ayant produit un avantage fiscal, la conclusion qu'une opération de la série est une opération d'évitement satisfait aux exigences du par. 245(3).

In order to determine whether a transaction is an abuse or misuse of the Act, a court must first determine the object, spirit or purpose of the provisions that are relied on for the tax benefit, having regard to the scheme of the Act, the relevant provisions and permissible extrinsic aids. While an avoidance transaction may operate alone to produce a tax benefit, it may also operate as part of a series of transactions that results in the tax benefit. While the focus must be on the transaction, where it is part of a series, it must be viewed in the context of the series to enable the court to determine whether abusive tax avoidance has occurred. In such a case, whether a transaction is abusive will only become apparent when it is considered in the context of the series of which it is a part and the overall result that is achieved. The analysis will lead to a finding of abusive tax avoidance: (1) where the transaction achieves an outcome the statutory provision was intended to prevent; (2) where the transaction defeats the underlying rationale of the provision; or (3) where the transaction circumvents the provision in a manner that frustrates or defeats its object, spirit or purpose. These considerations are not independent of one another and may overlap.

To determine if there was abuse in this case, it is s. 87(3) of the Act, which deals with the PUC of shares of amalgamated corporations, that must be at the centre of the analysis. The text of s. 87(3) ensures that in a horizontal amalgamation the PUC of the shares of the amalgamated corporation does not exceed the total of the PUC of the shares of the amalgamating corporations. Section 87(3) also provides, in its parenthetical clause, that the PUC of the shares of an amalgamating corporation held by another amalgamating corporation is cancelled. Having regard to the text, context and purpose of s. 87(3), the object, spirit and purpose of the parenthetical portion of the section is to preclude preservation of PUC of the shares of a subsidiary corporation upon amalgamation of the parent and subsidiary where such preservation would permit shareholders, on a redemption of shares by the amalgamated corporation, to be paid amounts as a return of capital without liability for tax, in excess of the amounts invested in the amalgamating corporations with tax-paid funds.

The appellant, Copthorne Holdings Ltd., agrees that s. 87(3) would have led to a cancellation of the applicable PUC of the VHC Holdings shares if it had been vertically amalgamated with Copthorne I. Instead of amalgamating the two companies, Copthorne I sold its VHC Holdings shares to the non-resident parent corporation in order to avoid the vertical amalgamation and cancellation of the PUC of the shares of VHC Holdings. The transaction obviously circumvented

Pour conclure au caractère abusif d'une opération, la cour doit d'abord déterminer l'objet ou l'esprit des dispositions qui sont invoquées pour obtenir l'avantage fiscal, eu égard à l'économie de la Loi, aux dispositions pertinentes et aux moyens extrinsèques admissibles. Une opération d'évitement peut en soi conférer un avantage fiscal, mais elle peut également faire partie d'une série d'opérations qui en confère un. Bien que l'accent doive être mis sur elle, l'opération qui fait partie d'une série doit être examinée dans le contexte de la série pour déterminer s'il y a évitement fiscal abusif. Le caractère abusif d'une opération ne se révèle alors que dans le contexte de la série dans laquelle elle s'inscrit et de l'effet global obtenu. L'examen fait conclure à l'évitement fiscal abusif lorsque l'opération (1) produit un résultat que la disposition législative vise à empêcher, (2) va à l'encontre de la raison d'être de la disposition ou (3) contourne l'application de la disposition de manière à contrecarrer son objet ou son esprit. Ces considérations ne jouent pas indépendamment les unes des autres, et elles peuvent se chevaucher.

Pour déterminer s'il y a abus en l'espèce, il faut axer l'analyse sur le par. 87(3), qui traite du CV des actions d'une société issue d'une fusion. Suivant son libellé, le par. 87(3) fait en sorte que le CV des actions de la société issue d'une fusion horizontale n'exécède pas le CV total des actions des sociétés fusionnantes. Le paragraphe 87(3) prévoit également, entre parenthèses, une exception emportant l'annulation du CV des actions d'une société fusionnante qui sont détenues par une autre société fusionnante. L'analyse textuelle, contextuelle et téléologique du par. 87(3) permet de conclure que l'objet ou l'esprit de l'exception qui y est prévue est de faire obstacle à la conservation du CV des actions d'une filiale en cas de fusion avec la société mère, lorsqu'elle permettrait à l'actionnaire de toucher, lors du rachat de ses actions par la société issue de la fusion, à titre de remboursement non imposable, une somme supérieure aux fonds libérés d'impôt qu'il a investis dans les sociétés fusionnantes.

L'appelante, Copthorne Holdings Ltd., convient que le par. 87(3) aurait entraîné l'annulation du CV des actions de VHC Holdings s'il y avait eu fusion verticale entre cette dernière et Copthorne I. Copthorne I a plutôt vendu ses actions de VHC Holdings à la société mère non résidente afin d'éviter la fusion verticale et l'annulation du CV des actions de VHC Holdings. L'opération a manifestement contourné l'application de l'exception prévue au par. 87(3) lors de la fusion

application of the parenthetical words of s. 87(3) upon the later amalgamation of Copthorne I and VHHC Holdings, now as sister corporations.

The sale by Copthorne I of its VHHC Holdings shares, which was undertaken to protect \$67,401,279 of PUC from cancellation, while not contrary to the text of s. 87(3), does frustrate and defeat its purpose. The tax-paid investment here was in total \$96,736,845. To allow the aggregation of an additional \$67,401,279 to this amount would enable payment, without liability for tax by the shareholders, of amounts well in excess of the investment of tax-paid funds, contrary to the object, spirit and purpose or the underlying rationale of s. 87(3). The sale of VHHC Holdings shares circumvented the parenthetical words of s. 87(3) and in the context of the series of which it was a part, achieved a result the section was intended to prevent and thus defeated its underlying rationale. The transaction was therefore abusive and the assessment based on application of the GAAR was appropriate.

Cases Cited

Applied: *Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada*, 2005 SCC 54, [2005] 2 S.C.R. 601; **referred to:** *OSFC Holdings Ltd. v. Canada*, 2001 FCA 260, [2002] 2 F.C. 288; *MIL (Investments) S.A. v. R.*, 2006 TCC 460, [2006] 5 C.T.C. 2552, aff'd 2007 FCA 236, 2007 D.T.C. 5437; *Commissioners of Inland Revenue v. Duke of Westminster*, [1936] A.C. 1; *Ontario (Attorney General) v. Fraser*, 2011 SCC 20, [2011] 2 S.C.R. 3; *Lipson v. Canada*, 2009 SCC 1, [2009] 1 S.C.R. 3; *Collins & Aikman Products Co. v. The Queen*, 2009 TCC 299, 2009 D.T.C. 1179, aff'd 2010 FCA 251, [2011] 1 C.T.C. 250; *Stuart Investments Ltd. v. The Queen*, [1984] 1 S.C.R. 536.

Statutes and Regulations Cited

Business Corporations Act, R.S.A. 2000, c. B-9, ss. 28, 182(2).
Canada Business Corporations Act, R.S.C. 1985, c. C-44, ss. 26, 182(2).
Convention Between Canada and the Kingdom of the Netherlands for the Avoidance of Double Taxation and the Prevention of Fiscal Evasion with Respect to Taxes on Income, S.C. 1986, c. 48, Sch. I.
Income Tax Act, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.), ss. 2(1), 84(3), 84.1, 87(3), 89(1), 212.1, 215(1), 245, 248(10).

Authors Cited

Canada. Canada Customs and Revenue Agency. Interpretation Bulletin IT-463R2, "Paid-up Capital", September 8, 1995.

subséquente de Copthorne I et de VHHC Holdings, alors devenues sociétés sœurs.

La vente par Copthorne I de ses actions de VHHC Holdings, effectuée pour empêcher l'annulation du CV de 67 401 279 \$, bien qu'elle n'aille pas à l'encontre de la lettre du par. 87(3), est contraire à son objet. L'investissement de fonds libérés d'impôt totalisait 96 736 845 \$. Autoriser l'ajout de 67 401 279 \$ à cette somme permettrait le versement à l'actionnaire, en franchise d'impôt, d'une somme bien supérieure aux fonds libérés d'impôt investis, ce qui se révèle contraire à l'objet ou à l'esprit du par. 87(3), voire à sa raison d'être. La vente des actions de VHHC Holdings a contourné l'application de l'exception prévue au par. 87(3) et, eu égard à la série d'opérations dont elle faisait partie, elle a produit un résultat que la disposition visait à empêcher, de sorte qu'elle va à l'encontre de la raison d'être du par. 87(3). Il s'ensuit que l'opération était abusive et que la cotisation fondée sur la RGAÉ était valable.

Jurisprudence

Arrêt appliqué : *Hypothèques Trustco Canada c. Canada*, 2005 CSC 54, [2005] 2 R.C.S. 601; **arrêts mentionnés :** *OSFC Holdings Ltd. c. Canada*, 2001 CAF 260, [2002] 2 C.F. 288; *MIL (Investments) S.A. c. La Reine*, 2006 CCI 460 (CanLII), conf. par 2007 CAF 236 (CanLII); *Commissioners of Inland Revenue c. Duke of Westminster*, [1936] A.C. 1; *Ontario (Procureur général) c. Fraser*, 2011 CSC 20, [2011] 2 R.C.S. 3; *Lipson c. Canada*, 2009 CSC 1, [2009] 1 R.C.S. 3; *Collins & Aikman Products Co. c. La Reine*, 2009 CCI 299 (CanLII), conf. par 2010 CAF 251 (CanLII); *Stuart Investments Ltd. c. La Reine*, [1984] 1 R.C.S. 536.

Lois et règlements cités

Business Corporations Act, R.S.A. 2000, ch. B-9, art. 28, 182(2).
Convention entre le Canada et le Royaume des Pays-Bas en vue d'éviter les doubles impositions et de prévenir l'évasion fiscale en matière d'impôts sur le revenu, L.C. 1986, ch. 48, ann. I.
Loi canadienne sur les sociétés par actions, L.R.C. 1985, ch. C-44, art. 26, 182(2).
Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. 1985, ch. 1 (5^e suppl.), art. 2(1), 84(3), 84.1, 87(3), 89(1), 212.1, 215(1), 245, 248(10).

Doctrine citée

Canada. Agence des douanes et du revenu du Canada. Bulletin d'interprétation IT-463R2, « Capital versé », 8 septembre 1995.

- Cardarelli, Corrado. “Transactions Involving Paid-Up Capital”, in *Report of Proceedings of the Fifty-Sixth Tax Conference*. Toronto: Canadian Tax Foundation, 2005, 26:1.
- Dickerson, Robert W. V., John L. Howard and Leon Getz. *Proposals for a New Business Corporations Law for Canada*, vol. I. Ottawa: Information Canada, 1971.
- Duff, David G. “The Supreme Court of Canada and the General Anti-Avoidance Rule: *Canada Trustco and Mathew*”, in David G. Duff and Harry Erlichman, eds., *Tax Avoidance in Canada After Canada Trustco and Mathew*. Toronto: Irwin Law, 2007, 1.
- Duff, David G., et al. *Canadian Income Tax Law*, 3rd ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2009.
- Hiltz, Michael. “Section 245 of the Income Tax Act”, in *Report of Proceedings of the Fortieth Tax Conference*. Toronto: Canadian Tax Foundation, 1989, 7:1.
- Krishna, Vern. *The Fundamentals of Income Tax Law*. Toronto: Carswell, 2009.
- McGuinness, Kevin Patrick. *Canadian Business Corporations Law*, 2nd ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2007.
- Oxford English Dictionary*, 2nd ed., vol. III. Oxford: Clarendon Press, 1989, “contemplation”.
- Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2008.
- Webster’s Third New International Dictionary*. Springfield, Mass.: Merriam-Webster, 1986, “contemplation”.
- Cardarelli, Corrado. « Transactions Involving Paid-Up Capital », in *Report of Proceedings of the Fifty-Sixth Tax Conference*. Toronto : Association canadienne d’études fiscales, 2005, 26:1.
- Dickerson, Robert W. V., John L. Howard et Leon Getz. *Propositions pour un nouveau droit des corporations commerciales canadiennes*, vol. I. Ottawa : Information Canada, 1971.
- Duff, David G. « The Supreme Court of Canada and the General Anti-Avoidance Rule : *Canada Trustco and Mathew* », in David G. Duff and Harry Erlichman, eds., *Tax Avoidance in Canada After Canada Trustco and Mathew*. Toronto : Irwin Law, 2007, 1.
- Duff, David G., et al. *Canadian Income Tax Law*, 3rd ed. Markham, Ont. : LexisNexis, 2009.
- Hiltz, Michael. « Section 245 of the Income Tax Act », in *Report of Proceedings of the Fortieth Tax Conference*. Toronto : Association canadienne d’études fiscales, 1989, 7:1.
- Krishna, Vern. *The Fundamentals of Income Tax Law*. Toronto : Carswell, 2009.
- McGuinness, Kevin Patrick. *Canadian Business Corporations Law*, 2nd ed. Markham, Ont. : LexisNexis, 2007.
- Oxford English Dictionary*, 2nd ed., vol. III. Oxford : Clarendon Press, 1989, « *contemplation* ».
- Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5th ed. Markham, Ont. : LexisNexis, 2008.
- Webster’s Third New International Dictionary*. Springfield, Mass. : Merriam-Webster, 1986, « *contemplation* ».

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (Desjardins, Evans and Ryer J.J.A.), 2009 FCA 163, 392 N.R. 29, [2009] 5 C.T.C. 1, 2009 D.T.C. 5101, [2009] F.C.J. No. 625 (QL), 2009 CarswellNat 1368, affirming a decision of Campbell J., 2007 TCC 481, [2008] 1 C.T.C. 2001, 2007 D.T.C. 1230, [2007] T.C.J. No. 335 (QL), 2007 CarswellNat 2808. Appeal dismissed.

Richard W. Pound, Q.C., and Pierre-Louis Le Saunier, for the appellant.

Wendy Burnham, Deen Olsen and Eric Noble, for the respondent.

TABLE OF CONTENTS

	Paragraph
I. <u>Introduction</u>	1
II. <u>Summary of Facts</u>	7

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel fédérale (les juges Desjardins, Evans et Ryer), 2009 CAF 163, 392 N.R. 29, [2009] 5 C.T.C. 1, 2009 D.T.C. 5101, [2009] A.C.F. n° 625 (QL), 2009 CarswellNat 3910, qui a confirmé une décision de la juge Campbell, 2007 CCI 481, [2008] 1 C.T.C. 2001, 2007 D.T.C. 1230, [2007] A.C.I. n° 335 (QL), 2007 CarswellNat 6138. Pourvoi rejeté.

Richard W. Pound, c.r., et Pierre-Louis Le Saunier, pour l’appelante.

Wendy Burnham, Deen Olsen et Eric Noble, pour l’intimée.

TABLE DES MATIÈRES

	Paragraphe
I. <u>Introduction</u>	1
II. <u>Résumé des faits</u>	7

III. <u>Tax Court of Canada</u>	21	III. <u>Cour canadienne de l'impôt</u>	21
IV. <u>Federal Court of Appeal</u>	29	IV. <u>Cour d'appel fédérale</u>	29
V. <u>Analysis</u>	32	V. <u>Analyse</u>	32
A. <u>Introduction</u>	32	A. <u>Introduction</u>	32
B. <u>Was There a Tax Benefit?</u>	34	B. <u>Y a-t-il eu avantage fiscal?</u>	34
C. <u>Was the Transaction Giving Rise to the Tax Benefit an Avoidance Transaction?</u>	39	C. <u>L'opération ayant généré l'avantage fiscal était-elle une opération d'évitement?</u>	39
(1) <u>Was There a Series of Transactions That Resulted in a Tax Benefit?</u>	42	(1) <u>Y a-t-il eu une série d'opérations dont a découlé un avantage fiscal?</u>	42
(2) <u>Was Any Transaction Within the Purported Series an Avoidance Transaction?</u>	59	(2) <u>L'une ou l'autre des opérations de la série alléguée constitue-t-elle une opération d'évitement?</u>	59
D. <u>Was the Avoidance Transaction Giving Rise to the Tax Benefit Abusive?</u> ...	65	D. <u>L'opération d'évitement conférant un avantage fiscal était-elle abusive?</u>	65
(1) <u>The Relevant Sections</u>	74	(1) <u>Les dispositions pertinentes</u>	74
(2) <u>Which Provisions Are Abused?</u>	85	(2) <u>Dans l'application de quelles dispositions y a-t-il abus?</u>	85
(3) <u>The Object, Spirit and Purpose of Section 87(3)</u>	87	(3) <u>L'objet et l'esprit du par. 87(3)</u>	87
(a) <u>The Text of the Provision</u>	88	a) <u>Le texte de la disposition</u>	88
(b) <u>The Context of the Provision</u>	91	b) <u>Le contexte de la disposition</u>	91
(i) <u>The PUC Scheme of the Act</u>	92	(i) <u>Le régime établi par la Loi en matière de CV</u>	92
(ii) <u>The Principle of Non-Consolidation</u>	97	(ii) <u>Principe de non-consolidation</u>	97
(iii) <u>The Relevance of the Capital Gains Scheme</u>	100	(iii) <u>Pertinence des dispositions relatives au gain en capital</u>	100
(iv) <u>The "In Rem" Nature of PUC</u>	104	(iv) <u>Nature « in rem » du CV</u>	104
(v) <u>Stop-PUC Rules in the Act</u>	106	(v) <u>Règle de la minimisation du CV</u>	106
(vi) <u>Expressio Unius Est Exclusio Alterius</u>	108	(vi) <u>Expressio unius est exclusio alterius</u>	108
(vii) <u>Conclusion of Contextual Considerations</u>	112	(vii) <u>Conclusion de l'analyse contextuelle</u>	112
(c) <u>The Purpose of the Provisions</u>	113	c) <u>L'objet des dispositions</u>	113

(d) <i>Conclusion on the Object, Spirit and Purpose of the Parenthetical Portion of Section 87(3)</i>	122
(4) <u>Was There an Abuse of the Provisions of the Act?</u>	123
VI. <u>Conclusion</u>	128

APPENDIX A — Detailed Facts

APPENDIX B — Relevant Provisions

The judgment of the Court was delivered by

ROTHSTEIN J. —

I. Introduction

[1] This appeal involves paid-up capital (“PUC”) of a corporation. Under the *Income Tax Act*, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.), PUC represents capital invested in a class of shares of the corporation by its shareholders. When that class of shares is redeemed by the corporation in whole or in part, the amount paid by the corporation to the shareholders in excess of the PUC attributable to the redeemed shares is deemed to have been paid as a dividend that must be included in the income of the recipient shareholder. However, the PUC portion need not be included in the income of the recipient shareholder because it is viewed as a return of capital to shareholders.

[2] As a general rule, when two corporations amalgamate, the PUC of the shares of both amalgamating corporations are aggregated to form the PUC of the shares of the amalgamated corporation. However, where the relationship between the amalgamating corporations is parent and subsidiary — a so-called “vertical” amalgamation — the PUC of the shares of both corporations are not aggregated. Rather the PUC of the shares of the subsidiary corporation which are owned by the parent is cancelled.

d) <i>Conclusion relative à l’objet ou à l’esprit de l’exception prévue au par. 87(3)</i>	122
(4) <u>Y a-t-il abus dans l’application des dispositions de la Loi?</u>	123
VI. <u>Conclusion</u>	128

ANNEXE A — Faits en détails

ANNEXE B — Dispositions pertinentes

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE ROTHSTEIN —

I. Introduction

[1] Le présent pourvoi porte sur le capital versé (« CV ») d’une société, lequel s’entend, sous le régime de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, L.R.C. 1985, ch. 1 (5^e suppl.), du capital que l’actionnaire investit dans une catégorie d’actions. Lorsque la société rachète en totalité ou en partie cette catégorie d’actions, la portion de la somme versée à l’actionnaire qui excède le CV des actions rachetées est réputée constituer un dividende qui doit être inclus dans le revenu de l’actionnaire, alors que la portion correspondant au CV ne s’ajoute pas ainsi au revenu, car elle est considérée comme un remboursement de capital.

[2] En règle générale, lorsque deux sociétés fusionnent, il y a cumul du CV de leurs actions pour former le CV des actions de la société issue de la fusion. Toutefois, lorsqu’il y a fusion entre une société mère et une filiale — on parle alors de fusion « verticale » —, ce cumul n’a pas lieu et le CV des actions de la filiale détenues par la société mère est plutôt annulé.

[3] In this case, by a series of transactions, two corporations that had been parent and subsidiary became “sister” corporations — that is, corporations owned directly by the same shareholder. The sister corporations were then amalgamated — a “horizontal” amalgamation. Had they remained as parent and subsidiary, the PUC of the shares of the subsidiary would have been cancelled on amalgamation. As sister corporations, the PUC of their respective shares was aggregated to form the PUC of the shares of the amalgamated corporation.

[4] The amalgamated corporation then redeemed a large portion of its shares and paid out the aggregate PUC attributable to the redeemed shares to its non-resident shareholder. That payment was not treated as taxable income to the shareholder but instead as a return of capital.

[5] No provision of the *Income Tax Act* expressly required the return of PUC in this case to be treated as a taxable payment. Nonetheless, the Minister of National Revenue considered the transactions by which the parent and subsidiary became sister corporations to have circumvented certain provisions of the Act in an abusive manner and thus to have contravened s. 245 of the Act, the general anti-avoidance rule, or the “GAAR”. Applying the GAAR, the Minister concluded that the PUC of the shares of the former subsidiary should have been cancelled upon amalgamation with its former parent corporation. If the PUC of the shares of the amalgamated corporation was reduced, the amount paid to the shareholder in excess of the reduced PUC would have constituted a deemed dividend subject to tax. The Minister reassessed the amalgamated corporation for unpaid withholding tax on the deemed dividend portion of the amount paid to the non-resident shareholder upon redemption. The Tax Court of Canada and Federal Court of Appeal upheld the reassessments (2007 TCC 481, [2008] 1 C.T.C. 2001; 2009 FCA 163, 392 N.R. 29).

[6] Upon a textual, contextual and purposive interpretation of the relevant provisions of the Act, in my respectful view, the transactions that took place in this case were properly reassessed

[3] En l’espèce, une société mère et sa filiale sont devenues, au terme d’une série d’opérations, des sociétés « sœurs », c’est-à-dire des sociétés appartenant directement au même actionnaire, puis ces sociétés sœurs ont fusionné « horizontalement ». Si elles avaient encore été une société mère et une filiale, le CV des actions de la filiale aurait été annulé par la fusion, mais comme elles étaient devenues des sociétés sœurs, le CV des actions de l’une s’est ajouté au CV des actions de l’autre pour former le CV des actions de la société issue de la fusion.

[4] La société issue de la fusion a ensuite racheté un bloc important de ses actions et versé l’équivalent de leur CV à son actionnaire non résident. Le paiement n’a pas été considéré comme un revenu imposable, mais plutôt comme un remboursement de capital à l’actionnaire.

[5] Nulle disposition de la *Loi de l’impôt sur le revenu* n’exigeait expressément, dans ce cas, que le remboursement du CV soit assimilé à un paiement imposable. Le ministre du Revenu national a néanmoins conclu que les opérations à l’issue desquelles la société mère et sa filiale étaient devenues des sociétés sœurs avaient contourné l’application de certaines dispositions de la Loi de manière abusive, et contrevenu ainsi à l’art. 245 de la Loi (la règle générale anti-évitement ou « RGAÉ »). En application de la RGAÉ, le ministre a conclu que la fusion de la filiale avec sa société mère aurait dû annuler le CV des actions de la filiale. Si le CV des actions de la société issue de la fusion avait été réduit, la tranche de la somme versée à l’actionnaire qui excédait le CV réduit aurait constitué un dividende réputé imposable. La société issue de la fusion a fait l’objet d’une nouvelle cotisation pour la retenue d’impôt non remise sur la portion de la somme touchée par l’actionnaire non résident lors du rachat qui constituait un dividende réputé. La Cour canadienne de l’impôt et la Cour d’appel fédérale ont confirmé les nouvelles cotisations (2007 CCI 481 (CanLII); 2009 CAF 163 (CanLII)).

[6] Compte tenu de l’interprétation textuelle, contextuelle et téléologique des dispositions pertinentes de la Loi, je conclus bien humblement que les opérations en cause ont à juste titre fait l’objet

under the GAAR. Accordingly, I would dismiss the appeal.

II. Summary of Facts

[7] The following is a summary of the facts pertinent to the issue to be decided on this appeal. The summary is essentially that set out in the reasons of the Federal Court of Appeal, which in turn is based on the agreed statement of facts submitted by the parties. The details of the complex set of transactions are contained in Appendix A.

[8] Li Ka-Shing and his son, Victor Li, control a group of Canadian and non-resident companies (“Li Group”). One is VHHC Investments Ltd. in which the Li Group invested \$96,736,845. VHHC Investments purchased all the shares of VHHC Holdings Ltd. for \$67,401,279. At the end of 1991, the shares of VHHC Investments had a PUC of \$96,736,845 and the shares of VHHC Holdings had a PUC of \$67,401,279.

[9] VHHC Holdings held shares in Husky Oil Ltd. directly and through a subsidiary corporation, VHSUB Holdings Inc. By 1991 the market value of the Husky shares had fallen such that VHSUB had an unrealized capital loss on those shares.

[10] Copthorne Holdings Ltd. (“Copthorne I”) was a wholly owned subsidiary of Big City Project Corporation B.V. (“Big City”), a Netherlands company and member of the Li Group. Copthorne I had purchased the Harbour Castle Hotel in 1981 and sold it for a substantial capital gain in 1989.

[11] By the end of 1991, the VHSUB shares had nominal fair market value, but an adjusted cost base of \$84.3 million reflecting the accrued capital loss on the Husky shares. In 1992, VHHC Investments sold its common shares of VHHC Holdings with a PUC of \$67,401,279 to Copthorne I for a nominal price. VHHC Holdings subsequently sold the majority of its VHSUB shares to Copthorne I (inheriting the high adjusted cost base under stop-loss rules) which in turn sold the VHSUB shares to an unrelated purchaser at their fair market value,

des nouvelles cotisations en vertu de la RGAÉ. Je suis donc d’avis de rejeter le pourvoi.

II. Résumé des faits

[7] Voici quels sont les faits à considérer pour statuer sur la question en litige. Je reprends pour l’essentiel le résumé figurant dans les motifs de la Cour d’appel fédérale et établi à partir de l’exposé conjoint des faits des parties. L’annexe A donne les détails de la suite complexe d’opérations.

[8] Li Ka-Shing et son fils, Victor Li, contrôlent un groupe de sociétés canadiennes et de sociétés non résidentes (le « groupe Li »). Le groupe Li a investi 96 736 845 \$ dans l’une d’elles, VHHC Investments Ltd., laquelle a acquis toutes les actions de VHHC Holdings Ltd. au prix de 67 401 279 \$. À la fin de 1991, le CV des actions de VHHC Investments était de 96 736 845 \$, et celui des actions de VHHC Holdings, de 67 401 279 \$.

[9] VHHC Holdings détenait directement, et par l’intermédiaire de sa filiale VHSUB Holdings Inc., des actions de Husky Oil Ltd. En 1991, la valeur marchande des actions de Husky a reculé, de sorte que VHSUB avait à leur égard une perte en capital non réalisée.

[10] Copthorne Holdings Ltd. (« Copthorne I ») était une filiale à cent pour cent de Big City Project Corporation B.V. (« Big City »), une société du groupe Li constituée aux Pays-Bas. Copthorne I a acheté en 1981 l’hôtel Harbour Castle, qu’elle a ensuite vendu en 1989, et réalisé alors un gain en capital substantiel.

[11] À la fin de 1991, la juste valeur marchande des actions de VHSUB était symbolique, mais leur prix de base rajusté était de 84,3 millions de dollars, ce qui représentait la perte en capital accumulée sur les actions de Husky. En 1992, VHHC Investments a vendu à Copthorne I, à un prix symbolique, ses actions ordinaires de VHHC Holdings dont le CV était de 67 401 279 \$. VHHC Holdings a ensuite vendu la majorité de ses actions de VHSUB à Copthorne I (qui a dès lors bénéficié du prix de base rajusté élevé grâce à la règle relative à la

and thus realized the capital loss. This allowed Copthorne I to carry the capital loss on the VHSUB shares back to shelter the capital gains from the sale of the Harbour Castle Hotel.

[12] In 1993, the Li Group decided to amalgamate Copthorne I, its wholly owned subsidiary VHHC Holdings and two other corporations. It was recognized that because VHHC Holdings was a wholly owned subsidiary of Copthorne I, without any other steps, the PUC of \$67,401,279 of the shares of VHHC Holdings would be eliminated on the vertical amalgamation. However, if VHHC Holdings and Copthorne I were “sister” corporations their amalgamation would result in aggregation of the PUC of each of the companies’ respective shares. To avoid the elimination of the PUC of VHHC Holdings shares, on July 7, 1993, Copthorne I sold its VHHC Holdings shares to Big City, its parent corporation, for their fair market value which was nominal. On January 1, 1994, Copthorne I, VHHC Holdings and two other corporations amalgamated under the name Copthorne Holdings Ltd. (“Copthorne II”). All the issued shares of Copthorne II were owned by Big City. The PUC of the Copthorne II shares owned by Big City was essentially the PUC of the shares of VHHC Holdings (\$67,401,280) as the PUC of the shares of the other amalgamating corporations was nominal.

[13] The proceeds of the 1989 Harbour Castle Hotel sale had been invested by Copthorne I in Copthorne Overseas Investment Ltd. (“COIL”), a wholly owned Barbados company that carried on an active bond-trading business in Singapore. In response to June 1994 amendments made to the foreign accrual property income (“FAPI”) provisions of the *Income Tax Act* which would have made COIL’s income FAPI, the Li Group decided to dispose of the business of COIL to another entity within the Li Group and to remove some or all of the proceeds of disposition from Canada.

minimisation des pertes), laquelle a à son tour vendu les actions de VHSUB à un acquéreur non apparenté, à leur juste valeur marchande, et ainsi réalisé la perte en capital. Copthorne I a donc pu reporter sur une année antérieure la perte en capital subie relativement aux actions de VHSUB pour mettre à l’abri de l’impôt le gain en capital tiré de la vente de l’hôtel Harbour Castle.

[12] En 1993, le groupe Li a décidé de fusionner Copthorne I, sa filiale à cent pour cent VHHC Holdings et deux autres sociétés. Il est alors apparu que, VHHC Holdings étant une filiale à cent pour cent de Copthorne I, la fusion verticale des deux aurait éliminé le CV de 67 401 279 \$ des actions de VHHC Holdings, mais que, si VHHC Holdings et Copthorne I étaient des sociétés « sœurs », leur fusion donnerait lieu au cumul du CV des actions de l’une et de l’autre. Pour éviter l’élimination du CV des actions de VHHC Holdings, le 7 juillet 1993, Copthorne I a donc vendu ses actions de VHHC Holdings à Big City, sa société mère, à leur juste valeur marchande, qui était symbolique. Le 1^{er} janvier 1994, Copthorne I, VHHC Holdings et deux autres sociétés ont fusionné pour donner naissance à Copthorne Holdings Ltd. (« Copthorne II »). Toutes les actions émises de Copthorne II étaient la propriété de Big City. Le CV des actions de Copthorne II détenues par Big City était essentiellement celui des actions de VHHC Holdings (67 401 280 \$) puisque le CV des actions des autres sociétés fusionnantes était symbolique.

[13] Copthorne I avait investi le produit tiré en 1989 de la vente de l’hôtel Harbour Castle dans Copthorne Overseas Investment Ltd. (« COIL »), filiale à cent pour cent constituée à la Barbade et exerçant des activités de négociation d’obligations à Singapour. En réaction à l’annonce en juin 1994 de la modification des dispositions de la *Loi de l’impôt sur le revenu* applicables au revenu étranger accumulé, tiré de biens (« RÉATB »), le groupe Li a décidé de disposer de l’entreprise exploitée par COIL en la cédant à une autre de ses entités et de transférer à l’étranger la totalité ou une partie du produit de la disposition.

[14] To achieve this result, in 1994, L.F. Investments (Barbados) Ltd. (“L.F. Investments”) was incorporated in Barbados. L.F. Investments acquired all of the issued shares of Copthorne II and VHHC Investments. The disposition of these shares by Big City resulted in a capital gain. However, this gain was not taxable. A tax treaty between Canada and the Netherlands provides that aside from enumerated exceptions, capital gains accruing to a resident of the Netherlands (Big City) will not be taxable in Canada. Effective January 1, 1995, those two corporations and two others that were owned within the Li Group amalgamated under the name Copthorne Holdings Ltd. (“Copthorne III”). On this amalgamation, L.F. Investments received 164,138,025 Class D preferred shares (“Class D shares”) having an aggregate redemption amount, fair market value and PUC of \$164,138,025 or effectively \$1.00 per share. In essence, the PUC of the Class D shares was the total of the PUC of the shares of VHHC Investments at the end of 1991 and the PUC of VHHC Holdings shares that was derived from the share subscriptions made by VHHC Investments.

[15] Immediately following this amalgamation, Copthorne III redeemed 142,035,895 of its Class D shares that were held by L.F. Investments, a non-resident of Canada, for \$142,035,895. Since the redemption amount was no more than the PUC of the Class D shares, the redemption did not give rise to a deemed dividend under the *Income Tax Act*. Accordingly, Copthorne III did not withhold or remit any tax on behalf of L.F. Investments.

[16] The Minister assessed Copthorne III by applying the GAAR to reduce the PUC of its Class D shares by \$67,401,280, which was the portion of the PUC that was attributable to the shares of VHHC Holdings.

[17] The Minister determined that a deemed dividend arose on the redemption by Copthorne III amounting to \$58,325,223, which was the proportion of the redemption attributable to the VHHC Holdings PUC, and that 15 percent of that amount should have been withheld. Accordingly,

[14] Pour ce faire, la société L.F. Investments (Barbados) Ltd. (« L.F. Investments ») a été constituée à la Barbade en 1994. Elle a acquis toutes les actions émises de Copthorne II et de VHHC Investments. La disposition de ces actions par Big City a donné lieu à un gain en capital, lequel n'était toutefois pas imposable. En effet, une convention fiscale liant le Canada et les Pays-Bas prévoit que, sauf les exceptions énumérées, le gain en capital réalisé par un résident néerlandais (Big City) n'est pas imposable au Canada. Ces deux sociétés et deux autres sociétés du groupe Li ont fusionné le 1^{er} janvier 1995 pour former Copthorne Holdings Ltd. (« Copthorne III »). L.F. Investments a alors obtenu 164 138 025 actions privilégiées de catégorie D (« actions de catégorie D ») dont la valeur de rachat globale, la juste valeur marchande et le CV s'élevaient à 164 138 025 \$, soit 1,00 \$ par action. Essentiellement, le CV des actions de catégorie D correspondait à la somme du CV des actions de VHHC Investments à la fin de 1991 et du CV des actions de VHHC Holdings découlant des souscriptions d'actions effectuées par VHHC Investments.

[15] Immédiatement après la fusion, Copthorne III a racheté 142 035 895 de ses actions de catégorie D détenues par L.F. Investments, une société non résidente, au prix de 142 035 895 \$. Puisque le prix n'excède pas le CV des actions de catégorie D, le rachat n'a pas donné lieu à un dividende réputé suivant la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Par conséquent, Copthorne III n'a ni retenu ni remis d'impôt pour le compte de L.F. Investments.

[16] Le ministre a établi une cotisation à l'égard de Copthorne III en appliquant la RGAÉ, ce qui a réduit le CV de ses actions de catégorie D de 67 401 280 \$, à savoir la portion du CV attribuable aux actions de VHHC Holdings.

[17] Le ministre estimait que le rachat d'actions par Copthorne III avait donné lieu à un dividende réputé de 58 325 223 \$, lequel représentait la portion du rachat attribuable au CV des actions de VHHC Holdings, dont il aurait fallu retenir 15 pour 100. Il a donc fixé l'impôt exigible à

the Minister assessed Copthorne III tax of \$8,748,783.40. In addition, the Minister assessed a penalty of 10 percent of that amount.

[18] In an unrelated transaction that occurred in 2002, Copthorne III was amalgamated with five other corporations owned within the Li Group and continued as Copthorne Holdings Ltd., the appellant in this appeal.

[19] Copthorne objected to the assessment, the Minister confirmed it, and Copthorne appealed to the Tax Court of Canada.

[20] The Tax Court found in favour of the Minister but overturned the penalty assessment. The Federal Court of Appeal affirmed the decision of the Tax Court. Copthorne now appeals to this Court.

III. Tax Court of Canada

[21] At the Tax Court, Campbell J. found that all elements necessary to apply the GAAR had been established: a series of transactions, a tax benefit, an avoidance transaction, and the abusiveness of the transaction.

[22] Based on this Court's ruling in *Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada*, 2005 SCC 54, [2005] 2 S.C.R. 601, she found that a related transaction is part of a series of transactions if it is completed in contemplation of the series "not in the sense of actual knowledge but in the broader sense of 'because of' or 'in relation to' the series" (*Trustco*, at para. 26) and that related transactions may occur before *or* after the series.

[23] In this case she found that there was a "strong nexus" between the redemption of Copthorne III shares, which she considered the related transaction, and the series of transactions, which included the sale of VHHC Holdings to Big City in 1993 to preserve its PUC and the subsequent amalgamation of Copthorne I and VHHC Holdings, because the redemption "was clearly done in contemplation of" the share sale in 1993 (paras. 39-40). She

8 748 783,40 \$, ce à quoi s'ajoutait une pénalité équivalant à 10 pour 100 de cette somme.

[18] Dans une opération indépendante effectuée en 2002, Copthorne III a fusionné avec cinq autres sociétés du groupe Li pour devenir Copthorne Holdings Ltd., l'appelante dans le présent pourvoi.

[19] Copthorne a fait opposition à la cotisation, mais le ministre a confirmé celle-ci. Copthorne a interjeté appel devant la Cour canadienne de l'impôt.

[20] Le ministre a eu gain de cause, mais la pénalité a été annulée. La Cour d'appel fédérale a confirmé la décision de la Cour canadienne de l'impôt. Copthorne se pourvoit aujourd'hui devant notre Cour.

III. Cour canadienne de l'impôt

[21] La juge Campbell de la Cour canadienne de l'impôt conclut que les éléments nécessaires à l'application de la RGAÉ sont tous établis : une série d'opérations, un avantage fiscal, une opération d'évitement et le caractère abusif de l'opération.

[22] Se fondant sur l'arrêt *Hypothèques Trustco Canada c. Canada*, 2005 CSC 54, [2005] 2 R.C.S. 601, elle statue qu'une opération liée fait partie d'une série d'opérations si elle est terminée en vue de réaliser la série « non pas dans le sens d'une connaissance véritable, mais dans le sens plus général de "en raison de" ou "relativement à" la série » (*Trustco*, par. 26), et que l'opération liée peut survenir avant *ou* après la série.

[23] Elle conclut à l'existence d'un « lien étroit » entre le rachat des actions de Copthorne III, qu'elle considère comme l'opération liée, et la série d'opérations, dont la vente en 1993 de VHHC Holdings à Big City afin de préserver son CV et la fusion subséquente de Copthorne I et de VHHC Holdings, car le rachat a clairement été effectué en raison de la vente des actions en 1993 (par. 39-40). Elle conclut que toutes les opérations en cause peuvent

concluded that all of the relevant transactions could be considered a “series of transactions” for the purposes of the GAAR.

[24] Second, she found that preserving the PUC had reduced the tax that L.F. Investments was liable to pay, and that Copthorne III was required to withhold and remit, and that this tax reduction constituted a tax benefit.

[25] Third, she noted that an avoidance transaction is a transaction that is not undertaken for a “*bona fide* purpose other than to obtain a tax benefit” (para. 47). While Copthorne argued that the sale of VHHC Holdings to Big City was simply part of a reorganization to simplify the Li Group corporate structure, she concluded that it did nothing to simplify the corporate structure and thus was an “avoidance transaction”.

[26] As to whether the avoidance transaction was an abuse or misuse, she considered three impugned sections together: ss. 89(1), 87(3) and 84(3). She concluded that the provisions were intended “to operate to prevent the artificial increase of PUC on amalgamation and its subsequent return to shareholders on a tax-free basis” (para. 74).

[27] She found that the avoidance transaction had misused these provisions “to artificially increase the PUC on amalgamation with the subsequent return of this artificial increase to shareholders on a tax-free basis, the very result that these provisions were intended to prevent” (para. 57).

[28] She concluded that the Minister had properly applied the GAAR to disallow the addition of the \$67,401,279 PUC of the shares of VHHC Holdings to the PUC of the shares of Copthorne III, and that the proportion of the subsequent redemption attributable to the \$67,401,279 PUC from VHHC Holdings was taxable. However, she overturned the Minister’s penalty assessment.

être considérées comme une « série d’opérations » pour l’application de la RGAÉ.

[24] Elle estime aussi que la préservation du CV a réduit l’obligation fiscale de L.F. Investments, que Copthorne III était tenue de retenir et de remettre l’impôt exigible et que cette réduction d’impôt constituait un avantage fiscal.

[25] Elle signale en outre qu’une opération d’évitement s’entend d’une opération qui n’est pas « effectué[e] pour des objets véritables, l’obtention d’un avantage fiscal n’éta[n]t pas considérée comme un objet véritable » (par. 47). Copthorne faisait valoir que la vente de VHHC Holdings à Big City s’inscrivait simplement dans une réorganisation visant à simplifier la structure d’entreprise du groupe Li, mais la juge estime que l’opération n’a en rien simplifié cette structure et qu’elle constitue donc une « opération d’évitement ».

[26] Pour déterminer si l’opération d’évitement a un caractère abusif, elle examine de pair les trois dispositions législatives applicables, à savoir les par. 89(1), 87(3) et 84(3). Elle conclut que ces dispositions visent à « empêcher l’augmentation artificielle du CV au moment d’une fusion et son remboursement ultérieur aux actionnaires en franchise d’impôt » (par. 74).

[27] À son avis, l’opération d’évitement constitue un abus de ces dispositions « en vue de gonfler d’une façon artificielle le CV lors de la fusion, cette augmentation artificielle revenant par la suite aux actionnaires en franchise d’impôt, soit le résultat même que ces dispositions visaient à empêcher » (par. 57).

[28] Elle arrive à la conclusion que le ministre a correctement appliqué la RGAÉ en refusant le cumul du CV de 67 401 279 \$ des actions de VHHC Holdings et du CV des actions de Copthorne III et que la portion du rachat subséquent attribuable au CV de VHHC Holdings était imposable. Elle infirme cependant la décision du ministre d’infliger une pénalité.

IV. Federal Court of Appeal

[29] The Federal Court of Appeal affirmed the judgment of the Tax Court for the reasons written by Ryer J.A.

[30] On the first three issues — the series of transactions, the tax benefit, and the avoidance transaction — Ryer J.A. deferred to the factual findings of the Tax Court judge. However, he noted that the Tax Court judge had applied too stringent a legal test to assessing the series of transactions. He concluded that a “strong nexus” need not exist between a series and a related transaction to find that the related transaction is part of the series. Instead, the series need only be a “motivating factor” for the related transaction (para. 49). Given the Tax Court judge’s finding that a strong nexus existed, he concluded that this less stringent motivating factor test was clearly met.

[31] Finally, he upheld the conclusion of the Tax Court judge that the avoidance transaction had been abusive, but differed in his application of the GAAR. He concluded that it was only necessary to consider one provision: s. 89(1). However, he agreed that the Tax Court judge had properly identified the purpose of s. 89(1): “. . . to avoid duplicative increases in computing the PUC of the amalgamated corporation” (para. 73). He confirmed the Tax Court judge’s finding that the transaction had abused this provision, and that the GAAR had properly been applied by the Minister. He dismissed the appeal.

V. Analysis

A. *Introduction*

[32] It is relatively straightforward to set out the GAAR scheme. It is much more difficult to apply it. Where a transaction is an avoidance transaction (a transaction that would result in a tax benefit and whose primary purpose was to obtain the tax benefit), the tax benefit resulting from the transaction

IV. Cour d’appel fédérale

[29] Au nom de la Cour d’appel fédérale, le juge Ryer confirme le jugement de la Cour de l’impôt.

[30] À l’égard des trois premières questions — portant respectivement sur la série d’opérations, l’avantage fiscal et l’opération d’évitement —, le juge Ryer défère aux conclusions de fait de la juge de la Cour de l’impôt, mais il constate le caractère trop strict du critère juridique appliqué à la question de l’appartenance à la série d’opérations. Selon lui, point n’est besoin d’un « lien étroit » entre l’opération liée et la série pour que la première fasse partie de la seconde. En fait, l’existence d’un « facteur de motivation » pour la réalisation de l’opération liée suffit (par. 49). Étant donné que la juge de la Cour de l’impôt conclut à l’existence d’un lien étroit, le critère moins strict de la motivation est manifestement rempli.

[31] Enfin, il convient avec elle que l’opération d’évitement est abusive, mais il n’applique pas la RGAÉ de la même façon. Selon lui, l’examen ne fait intervenir que le par. 89(1). Il souscrit toutefois à l’opinion de la juge selon laquelle l’objet de cette disposition est d’« éviter les augmentations découlant de doubléments dans le calcul du CV de la société issue de la fusion » (par. 73). Il confirme qu’il y a abus de cette disposition et que le ministre a correctement appliqué la RGAÉ. Il rejette l’appel.

V. Analyse

A. *Introduction*

[32] Le régime établi par la RGAÉ est relativement simple à exposer, mais beaucoup plus difficile à appliquer. En cas d’opération d’évitement (qui procure un avantage fiscal et dont le but premier est l’obtention de cet avantage), l’avantage fiscal est refusé, sauf si l’opération d’évitement ne constitue

will be denied. However, the tax benefit will not be denied if the avoidance transaction would not result in an abuse or misuse of the *Income Tax Act*. The scheme is set out in ss. 245(1) to (5) of the Act (see Appendix B).

[33] In *Trustco*, this Court set out the three questions to be decided in a GAAR analysis:

1. Was there a tax benefit? (para. 18);
2. Was the transaction giving rise to the tax benefit an avoidance transaction? (para. 21); and
3. Was the avoidance transaction giving rise to the tax benefit abusive? (para. 36).

I will address each in turn.

B. *Was There a Tax Benefit?*

[34] The first question that must be answered is whether there was a tax benefit. The burden is on the taxpayer to refute the Minister's assumption of the existence of a tax benefit (*Trustco*, at para. 63). Where, as here, the Tax Court judge has made a finding of fact on the existence of a tax benefit, it is only appropriate for a reviewing court to overturn such a finding where an appellant can show a palpable and overriding error.

[35] As found in *Trustco*, the existence of a tax benefit can be established by comparison of the taxpayer's situation with an alternative arrangement (para. 20). If a comparison approach is used, the alternative arrangement must be one that "might reasonably have been carried out but for the existence of the tax benefit" (D. G. Duff, et al., *Canadian Income Tax Law* (3rd ed. 2009), at p. 187). By considering what a corporation would have done if it did not stand to gain from the tax benefit, this test attempts to isolate the effect of the tax benefit from the non-tax purpose of the taxpayer.

[36] Copthorne argues that an amalgamation while VHHC Holdings was owned by Copthorne I — a vertical amalgamation — "was

pas un abus dans l'application de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Le régime est défini aux par. 245(1) à (5) de la Loi (voir l'annexe B).

[33] Selon l'arrêt *Trustco*, l'application de la RGAÉ exige que l'on détermine ce qui suit :

1. Y a-t-il eu avantage fiscal? (par. 18)
2. L'opération ayant généré l'avantage fiscal était-elle une opération d'évitement? (par. 21)
3. L'opération d'évitement ayant généré l'avantage fiscal était-elle abusive? (par. 36)

J'examine successivement chacune de ces questions.

B. *Y a-t-il eu avantage fiscal?*

[34] La première question qui se pose est celle de l'existence d'un avantage fiscal. C'est au contribuable qu'il incombe de réfuter la thèse du ministre qu'il y a un avantage fiscal (*Trustco*, par. 63). Lorsque, comme en l'espèce, un juge de la Cour de l'impôt tire la conclusion de fait qu'il existe un avantage fiscal, le tribunal d'appel ne peut infirmer celle-ci que si l'appelant prouve l'erreur manifeste et dominante.

[35] Notre Cour affirme dans *Trustco* que l'existence d'un avantage fiscal peut être établie en comparant la situation du contribuable à celle qu'aurait produit un autre mécanisme (par. 20), auquel cas il faut que l'autre mécanisme en soit un qui [TRADUCTION] « aurait pu raisonnablement avoir été employé n'eût été l'avantage fiscal » (D. G. Duff, et autres, *Canadian Income Tax Law* (3^e éd. 2009), p. 187). En s'attachant à ce que la société aurait fait si elle n'avait pas cherché à bénéficier de l'avantage fiscal, cette démarche vise à isoler l'effet fiscal avantageux de la motivation non fiscale du contribuable.

[36] Copthorne soutient qu'au moment où Copthorne I détenait VHHC Holdings, la fusion — qui aurait été verticale — [TRADUCTION] « n'a

never a live and reasonable option” and thus the Minister should not have used such a comparison (A.F., at para. 137). A vertical amalgamation would have resulted in the cancellation of the PUC of VHHC Holdings shares. This meant that a greater proportion of the funds returned as a result of the redemption would have been subject to tax as a deemed dividend. Copthorne says that a taxpayer would never have chosen this higher tax option, and thus that such option was unreasonable.

[37] An amalgamation was necessary for Copthorne to achieve the outcomes it sought in 1993 when it undertook the transactions between VHHC Holdings, Copthorne I and Big City — a simplification of the corporate structure, and the ability to shelter anticipated gains with losses within the four amalgamating corporations. The only question was whether the amalgamation would be horizontal or vertical. As the Tax Court judge pointed out, the vertical amalgamation would have been the simpler course of action. It was only the cancellation of PUC that would arise upon a vertical amalgamation that led to the sale by Copthorne I of its shares in VHHC Holdings to Big City. To use the words of Professor Duff, “but for” the difference in how PUC was treated, a vertical amalgamation was reasonable.

[38] The comparison was entirely appropriate. Copthorne has not satisfied its onus of showing that there was no tax benefit. I would affirm the finding of the Tax Court that there was a tax benefit.

C. Was the Transaction Giving Rise to the Tax Benefit an Avoidance Transaction?

[39] According to s. 245(3) of the Act, a transaction will be an avoidance transaction if it results in a tax benefit, and is not undertaken primarily for a *bona fide* non-tax purpose. An avoidance transaction may operate alone to produce a tax benefit, or may operate as part of a series of transactions which produces a tax benefit.

jamais été une option envisageable ou raisonnable », et que le ministre n’aurait donc pas dû l’utiliser comme point de comparaison (m.a., par. 137). Une fusion verticale aurait entraîné l’annulation du CV des actions de VHHC Holdings, de sorte qu’une plus grande portion de la somme versée lors du rachat aurait été imposable à titre de dividende réputé. Selon Copthorne, aucun contribuable n’aurait choisi cette avenue plus onéreuse sur le plan fiscal et il s’agissait donc d’une option déraisonnable.

[37] La fusion était nécessaire pour que Copthorne atteigne les objectifs visés en 1993 lors des opérations intervenues entre VHHC Holdings, Copthorne I et Big City, à savoir la simplification de la structure d’entreprise du groupe et la possibilité de mettre les gains escomptés à l’abri de l’impôt grâce aux pertes des quatre sociétés fusionnantes. La seule question qui se posait était celle de savoir si la fusion serait horizontale ou verticale. Comme la juge de la Cour de l’impôt le fait remarquer, la fusion verticale aurait été la solution la plus simple. Copthorne I a vendu à Big City ses actions de VHHC Holdings seulement parce qu’une fusion verticale aurait entraîné l’annulation du CV. Pour paraphraser le professeur Duff, « n’eût été » l’incidence différente sur le CV, la fusion verticale aurait été une option raisonnable.

[38] La comparaison convenait tout à fait. Copthorne ne s’est pas acquittée de son obligation d’établir l’inexistence d’un avantage fiscal. Je suis d’avis de confirmer la conclusion de la juge de la Cour de l’impôt selon laquelle il existait un avantage fiscal.

C. L’opération ayant généré l’avantage fiscal était-elle une opération d’évitement?

[39] Suivant le par. 245(3) de la Loi, constitue une opération d’évitement l’opération dont découle un avantage fiscal et qui n’est pas effectuée principalement pour des objets véritables non fiscaux. Une opération d’évitement peut produire un avantage fiscal de façon indépendante ou elle peut faire partie d’une série d’opérations dont découle cet avantage.

[40] Where, as here, the Minister assumes that the tax benefit resulted from a series of transactions rather than a single transaction, it is necessary to determine if there was a series, which transactions make up the series, and whether the tax benefit resulted from the series. If there is a series that results, directly or indirectly, in a tax benefit, it will be caught by s. 245(3) unless each transaction within the series could “reasonably be considered to have been undertaken or arranged primarily for *bona fide* purposes other than to obtain [a] tax benefit”. If any transaction within the series is not undertaken primarily for a *bona fide* non-tax purpose that transaction will be an avoidance transaction.

[41] The first consideration is whether there was a series that resulted in a tax benefit. As I will explain below, it will be necessary to consider when a transaction which is related to a common law series of transactions is part of a series of transactions as defined in s. 248(10) of the *Income Tax Act*. The second consideration is whether any of the transactions within the purported series is an avoidance transaction.

(1) Was There a Series of Transactions That Resulted in a Tax Benefit?

[42] In the agreed statement of facts, the parties agreed that the sale of VHHC Holdings to Big City, and the subsequent amalgamation of VHHC Holdings with Copthorne I to form Copthorne II were part of a series of transactions. However, these transactions themselves did not result in a tax benefit. The tax benefit was only realized when Copthorne III redeemed its shares without its shareholder incurring an immediate tax liability. Thus, it is necessary to decide whether the redemption transaction is part of the series of transactions which included the sale of VHHC Holdings to Big City and the subsequent amalgamation of Copthorne I and VHHC Holdings.

[43] In *Trustco*, this Court accepted that the scheme of the Act provides for an expansive approach to the series issue. The starting point is the common law series taken from English law

[40] Lorsque, comme en l'espèce, le ministre considère que l'avantage fiscal découle d'une série d'opérations et non d'une seule opération, il faut déterminer s'il y a eu une série, quelles opérations en font partie et si l'avantage fiscal découle de la série. La série d'opérations dont découle directement ou non un avantage fiscal tombe sous le coup du par. 245(3), sauf s'il est « raisonnable de considérer que [chacune des opérations de la série] est principalement effectuée pour des objets véritables — l'obtention de l'avantage fiscal n'étant pas considérée comme un objet véritable ». Lorsque l'une ou l'autre des opérations de la série n'est pas effectuée principalement pour des objets véritables non fiscaux, il s'agit d'une opération d'évitement.

[41] L'existence d'une série d'opérations ayant généré un avantage fiscal est le premier élément à considérer. Comme nous le verrons, il faut examiner à quelles conditions une opération liée à une série d'opérations au sens de la common law fait partie d'une série d'opérations au sens du par. 248(10) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. On doit ensuite se demander si l'une ou l'autre des opérations de la série en est une d'évitement.

(1) Y a-t-il eu une série d'opérations dont a découlé un avantage fiscal?

[42] Les parties reconnaissent dans l'exposé conjoint des faits que la vente de VHHC Holdings à Big City et la fusion subséquente de VHHC Holdings et de Copthorne I pour former Copthorne II font partie d'une série. Toutefois, ces opérations n'ont pas généré d'avantage fiscal. Il n'y a eu avantage fiscal que lorsque Copthorne III a racheté ses actions sans que son actionnaire n'encoure d'obligation fiscale immédiate. Il faut donc établir si l'opération de rachat fait partie de la série d'opérations qui comprend la vente de VHHC Holdings à Big City, puis la fusion de Copthorne I et de VHHC Holdings.

[43] Dans *Trustco*, notre Cour reconnaît que l'économie de la Loi permet de considérer la série d'opérations au sens large. Le point de départ réside dans la common law anglaise qui définit la série

where “each transaction in the series [is] pre-ordained to produce a final result” (*OSFC Holdings Ltd. v. Canada*, 2001 FCA 260, [2002] 2 F.C. 288, at para. 24). This common law series is expanded by s. 248(10) of the Act which deems any “related transactio[n]” which is completed “in contemplation of” a series to be part of that series. Section 248(10) provides:

248. . . .

(10) For the purposes of this Act, where there is a reference to a series of transactions or events, the series shall be deemed to include any related transactions or events completed in contemplation of the series.

[44] The parties have agreed that the sale of VHHC Holdings to Big City and the subsequent amalgamation were part of a series. However, the agreed facts do not address whether the redemption transaction was part of this series. The question which must be answered is whether the redemption which gave rise to the tax benefit can be considered to be a “related transaction” which was done “in contemplation of” the prior series of transactions.

[45] The Minister assumed that there was a series that included the redemption transaction that led to a tax benefit. Again, Copthorne has the onus of showing that the Minister’s assumption is refuted (*Trustco*, at para. 63).

[46] The Tax Court judge found that there was a “strong nexus” between the redemption and the earlier series which included the 1993 sale of VHHC Holdings to Big City, and the horizontal amalgamation of Copthorne I and VHHC Holdings. The Federal Court of Appeal rightly noted that a “strong nexus” is not necessary to meet the series test set out in *Trustco*. The court is only required to consider whether the series was taken into account when the decision was made to undertake the

de telle sorte que « chaque opération dans la série [est] déterminée d’avance pour produire un résultat final » (*OSFC Holdings Ltd. c. Canada*, 2001 CAF 260, [2002] 2 C.F. 288, par. 24). Le paragraphe 248(10) de la Loi élargit cette définition en disposant que les « opérations [. . .] lié[s] » terminées « en vue de réaliser » la série (soit « en raison de » la série suivant *Trustco*) sont réputées faire partie de la série. En voici le texte :

248. . . .

(10) Pour l’application de la présente loi, la mention d’une série d’opérations ou d’événements vaut mention des opérations et événements liés terminés en vue de réaliser la série.

[44] Les parties conviennent que la vente de VHHC Holdings à Big City et la fusion qui a suivi font partie d’une série d’opérations, mais leur exposé conjoint ne précise pas si le rachat faisait partie de la série. Il faut déterminer si le rachat, dont a découlé l’avantage fiscal, peut être considéré comme une « opération liée » effectuée « en raison de » la série d’opérations antérieure. [Pour les besoins du raisonnement de la Cour dans le présent pourvoi, le libellé précis du par. 248(10) — « en vue de réaliser » — n’est pas employé, car il ne correspond pas à « *in contemplation of* » pris isolément. Les motifs privilégient plutôt « en raison de », suivant la décision de la Cour dans *Trustco* concernant le sens de la locution « en vue de réaliser ».]

[45] Le ministre a tenu pour acquis qu’il y avait une série d’opérations dont faisait partie le rachat qui a généré l’avantage fiscal. Encore une fois, c’est à Copthorne qu’il incombe de réfuter la présomption du ministre (*Trustco*, par. 63).

[46] La juge de la Cour de l’impôt conclut à l’existence d’un « lien étroit » entre le rachat et la série d’opérations antérieure, qui comprend la vente de VHHC Holdings à Big City en 1993 et la fusion horizontale de Copthorne I et de VHHC Holdings. La Cour d’appel fédérale relève avec justesse que le critère établi en la matière dans *Trustco* n’exige pas de « lien étroit ». Il suffit de déterminer si la série a joué dans la décision d’effectuer l’opération liée, au sens où l’opération est intervenue « en raison

related transaction in the sense that it was done “in relation to” or “because of” the series (*Trustco*, at para. 26).

[47] Although the “because of” or “in relation to” test does not require a “strong nexus”, it does require more than a “mere possibility” or a connection with “an extreme degree of remoteness” (see *MIL (Investments) S.A. v. R.*, 2006 TCC 460, [2006] 5 C.T.C. 2552, at para. 62, aff’d 2007 FCA 236, 2007 D.T.C. 5437). Each case will be decided on its own facts. For example, the length of time between the series and the related transaction may be a relevant consideration in some cases, as would intervening events taking place between the series and the completion of the related transaction. In the end, it will be the “because of” or “in relation to” test that will determine, on a balance of probabilities, whether a related transaction was completed in contemplation of a series of transactions.

[48] The Tax Court judge was aware both of the intervening introduction of the FAPI rule changes, as well as the time interval between the sale and amalgamation in 1993 and 1994 and the redemption in 1995 (para. 38). Copthorne argued that these intervening events broke the purported series. The Tax Court judge agreed that the test should not catch “transactions that are only remotely connected to the common law series” (para. 39). Nonetheless, she found that there was a “strong nexus” between the series and the subsequent redemption, because “the Redemption . . . was exactly the type of transaction necessary to make a tax benefit a reality based on the preservation of the PUC” (para. 40). The Federal Court of Appeal upheld this conclusion, finding that there was no palpable and overriding error of fact. I would also uphold the Tax Court judge’s conclusion for the same reason.

[49] Copthorne now asks the Court to revisit the interpretation of s. 248(10). It argues that a related transaction should only be part of a series where the series is “being contemplated by the parties” at the time the prior related transaction takes place (A.F., at para. 112). The argument is that the plain

de » la série ou « relativement à » celle-ci (*Trustco*, par. 26).

[47] Bien que le critère de l’opération liée effectuée « en raison de » la série ou « relativement à » celle-ci n’exige pas de « lien étroit », il requiert tout de même plus qu’une « simple possibilité » ou qu’un lien d’« un degré d’éloignement extrême » : voir *MIL (Investments) S.A. c. La Reine*, 2006 CCI 460 (CanLII), au par. 65, conf. par 2007 CAF 236 (CanLII). Chaque affaire est jugée en fonction des faits qui lui sont propres. Par exemple, le temps écoulé entre la série et l’opération liée peut parfois constituer un facteur pertinent, tout comme les événements qui surviennent entre elles. Au bout du compte, c’est le critère correspondant aux mots « en raison de » la série ou « relativement à » celle-ci qui permet d’établir, suivant la prépondérance des probabilités, si une opération liée a été terminée en raison d’une série d’opérations.

[48] La juge de la Cour de l’impôt était au fait de la modification des règles applicables au RÉATB ainsi que du temps écoulé entre la vente et la fusion en 1993 et en 1994, et le rachat en 1995 (par. 38). Copthorne prétend que ces événements survenus dans l’intervalle ont rompu la série alléguée. La juge reconnaît que le critère devrait écarter « les opérations qui ne sont liées que de loin avec la série au sens de la *common law* » (par. 39), mais elle n’en conclut pas moins qu’il y a un « lien étroit » entre la série et le rachat subséquent, car « le rachat [. . .] était exactement le type d’opération nécessaire pour que la création d’un avantage fiscal devienne une réalité compte tenu de la conservation du CV » (par. 40). La Cour d’appel fédérale confirme cette conclusion, jugeant qu’elle n’est entachée d’aucune erreur de fait manifeste et dominante. Je suis également d’avis d’avaliser la conclusion tirée par la juge de première instance pour la même raison.

[49] Copthorne demande aujourd’hui à la Cour de revenir sur son interprétation du par. 248(10). Elle prétend qu’une opération liée ne fait partie d’une série que lorsque [TRADUCTION] « les parties ont en vue » la série lors de l’opération liée antérieure (m.a., par. 112). Elle ajoute que suivant

meaning of these words suggests that the assessment of whether the related transaction was done “in contemplation of” the series must be done prospectively, because the definition of contemplation suggests consideration of a future event. Copthorne says that the question of whether a transaction was related must therefore be decided by determining whether a prior related transaction was completed in contemplation of a subsequent series, not by considering, with the benefit of hindsight, whether the series had been contemplated when a subsequent transaction was completed; that retrospective assessment of the connection between a series and a related transaction impermissibly expands the reach of s. 248(10); and that such consideration would create unacceptable uncertainty and trench upon the *Duke of Westminster* principle that taxpayers are entitled to arrange their affairs to minimize the amount of tax payable (see *Commissioners of Inland Revenue v. Duke of Westminster*, [1936] A.C. 1 (H.L.)).

[50] I acknowledge that the more common use of the term “contemplation” is likely prospective. Indeed, in the Canadian Tax Foundation’s 1988 *Report of Proceedings of the Fortieth Tax Conference*, shortly after s. 248(10) and the GAAR were enacted (s. 248(10) in 1986, the GAAR in 1988), Michael Hiltz, then a Director with Revenue Canada expressed the view of the agency that s. 248(10) was to be read prospectively:

In the view of Revenue Canada, a preliminary transaction will form part of a series determined with reference to subsection 248(10) if, at the time the preliminary transaction is carried out, the taxpayer intends to implement the subsequent transactions constituting the series . . . even though at the time of the completion of the preliminary transaction the taxpayer either had not determined all the important elements of the subsequent transactions — including, possibly, the identity of other taxpayers involved — or had lacked the ability to implement the subsequent transactions.

(“Section 245 of the Income Tax Act”, in *Report of Proceedings of the Fortieth Tax Conference* (1989), 7:1, at p. 7:6)

le sens clair des mots « en vue de réaliser » la série (« *in contemplation of* » dans la version anglaise), l’examen requis est de nature prospective, car la définition de ces mots suggère la prise en compte d’un événement futur. Copthorne prétend donc que l’existence d’une opération liée doit être établie en déterminant si une opération liée antérieure a été terminée en raison d’une série d’opérations ultérieure, et non en se demandant avec le recul si les parties ont terminé une opération subséquente en raison de la série. Toujours selon elle, l’appréciation rétrospective du lien entre une série et une opération liée élargit indûment la portée du par. 248(10), crée une incertitude inacceptable et va à l’encontre du principe issu de l’arrêt *Duke of Westminster*, à savoir que le contribuable a le droit d’organiser ses affaires de façon à réduire le plus possible l’impôt qu’il lui faut payer (voir *Commissioners of Inland Revenue c. Duke of Westminster*, [1936] A.C. 1 (H.L.)).

[50] Je reconnais que le terme « *contemplation* » utilisé dans la version anglaise (« en vue de », en français) est plus souvent employé dans son sens prospectif. Il appert d’ailleurs du *Report of Proceedings of the Fortieth Tax Conference* (1988) de l’Association canadienne d’études fiscales que, peu après l’adoption du par. 248(10) en 1986 et de la RGAÉ en 1988, Revenu Canada, par la voix d’un de ses directeurs, Michael Hiltz, était d’avis que l’interprétation du par. 248(10) devait être prospective :

[TRADUCTION] Selon Revenu Canada, une opération préalable fait partie d’une série au sens du paragraphe 248(10) lorsque, au moment où elle intervient, le contribuable a l’intention d’effectuer les opérations subséquentes formant la série [. . .] même s’il n’a pas encore arrêté tous les éléments importants des opérations subséquentes — y compris, peut-être, l’identité des autres contribuables qui y sont parties — ou n’est pas en mesure d’effectuer celles-ci.

(« Section 245 of the Income Tax Act », dans *Report of Proceedings of the Fortieth Tax Conference* (1989), 7:1, p. 7:6)

[51] In answer to the argument that a prospective reading of s. 248(10) unduly narrows its scope, it is said that the section will still have the utility of including a prior transaction in a series even when the prior transaction cannot be said to meet the test for inclusion in a common law series.

[52] Subsequent to his earlier view on the issue, Professor Duff has more recently suggested that a more reasonable interpretation of s. 248(10) would be to read it prospectively only. He writes:

With respect to the extended meaning of a series of transactions, however, the Court's interpretation [in *Trustco*] is less persuasive. Although the conclusion that related transactions can occur "either before or after" an avoidance transaction is likely to accord with legislative intent, it is not obvious that this interpretation is consistent with the text of subsection 248(10), which might more reasonably be interpreted to include only related transactions completed prior to an ordinary series of transactions but not related transactions completed after the series. [Footnotes omitted.]

(D. G. Duff, "The Supreme Court of Canada and the General Anti-Avoidance Rule: *Canada Trustco* and *Mathew*", in D. G. Duff and H. Erlichman, eds., *Tax Avoidance in Canada After Canada Trustco and Mathew* (2007), 1, at pp. 26-27)

[53] However, "contemplation" is defined by *The Oxford English Dictionary* (2nd ed. 1989) vol. III, at p. 811, as "[t]he action of contemplating or mentally viewing; the action of thinking about a thing continuously; attentive consideration, study." This definition does not require that the thing contemplated is either in the future or the past. Copthorne relies on the definition of "contemplation" in *Webster's Third New International Dictionary* (1986), at p. 491, which includes "the act of looking forward to an event: the act of intending or considering a future event". As I have said, contemplation often does involve looking forward. However, these words are not exhaustive of the Webster definition. More general words precede, which are not limited to looking forward: "an act of the mind in considering with attention: continued attention to a particular subject . . . : something for which such

[51] On oppose à l'argument voulant qu'une interprétation prospective du par. 248(10) en réduise indûment la portée que la disposition permet néanmoins d'inclure dans une série une opération antérieure dont on ne peut dire qu'elle satisfait aux conditions d'appartenance à une série au sens de la common law.

[52] Revenant sur son avis précédent sur le sujet, le professeur Duff écrit qu'une interprétation uniquement prospective du par. 248(10) serait plus raisonnable :

[TRADUCTION] S'agissant du sens élargi de série d'opérations, toutefois, l'interprétation de la Cour [dans *Trustco*] est moins convaincante. Bien que la conclusion selon laquelle les opérations liées peuvent survenir « soit avant soit après » une opération d'évitement puisse être conforme à l'intention législative, sa compatibilité avec le texte du paragraphe 248(10) ne va pas de soi. Il vaut mieux interpréter cette disposition de façon qu'elle n'englobe que les opérations liées terminées avant une série ordinaire d'opérations, et non les opérations liées terminées après la série. [Notes en bas de page supprimées.]

(D. G. Duff, « The Supreme Court of Canada and the General Anti-Avoidance Rule : *Canada Trustco* and *Mathew* », dans D. G. Duff et H. Erlichman, dir., *Tax Avoidance in Canada After Canada Trustco and Mathew* (2007), 1, p. 26-27)

[53] Or, l'*Oxford English Dictionary* (2^e éd. 1989), vol. III, à la p. 811, définit comme suit le mot « *contemplation* » : [TRADUCTION] « le fait d'envisager ou de considérer mentalement, de penser à une chose de façon continue, de considérer attentivement, d'étudier ». Cette définition n'exige pas que l'objet de l'attention soit ultérieur ou antérieur. Copthorne s'appuie sur le passage suivant de la définition de « *contemplation* » que renferme le *Webster's Third New International Dictionary* (1986), à la p. 491 : [TRADUCTION] « l'action de prévoir un événement : projeter ou considérer un événement futur ». J'ai déjà mentionné que le terme a souvent une connotation prospective. Cependant, la définition du Webster ne se résume pas au seul passage cité, elle comporte aussi une acception plus générale, non seulement axée sur l'avenir : [TRADUCTION] « l'action de considérer attentivement : l'attention

consideration is asked . . . : the act of viewing steadfastly and attentively: the viewing of something . . . for its own sake”.

[54] The text and context of s. 248(10) leave open when the contemplation of the series must take place. Nothing in the text specifies when the related transaction must be completed in relation to the series. Specifically, nothing suggests that the related transaction must be completed in contemplation of a subsequent series. The context of the provision is to expand the definition of a series which is an indication against a narrow interpretation.

[55] In *Trustco*, the Chief Justice and Major J. explained that it is likely more consonant with the Parliamentary intention to read s. 248(10) both prospectively and retrospectively. And *Trustco* adopted and expanded the application of s. 248(10) as interpreted in *OSFC*, which itself involved the retrospective application of the provision. The Court in *Trustco* said, at para. 26:

Section 248(10) extends the meaning of “series of transactions” to include “related transactions or events completed in contemplation of the series”. The Federal Court of Appeal held, at para. 36 of *OSFC*, that this occurs where the parties to the transaction “knew of the . . . series, such that it could be said that they took it into account when deciding to complete the transaction”. We would elaborate that “in contemplation” is read not in the sense of actual knowledge but in the broader sense of “because of” or “in relation to” the series. The phrase can be applied to events either before or after the basic avoidance transaction found under s. 245(3). As has been noted:

It is highly unlikely that Parliament could have intended to include in the statutory definition of “series of transactions” related transactions completed in contemplation of a subsequent series of transactions, but not related transactions in the contemplation of which taxpayers completed a prior series of transactions.

(D. G. Duff, “Judicial Application of the General Anti-Avoidance Rule in Canada: *OSFC Holdings*”

continue accordée à quelque chose; l’objet nécessitant une telle considération [. . .]; l’action d’observer fixement et attentivement [. . .]: l’observation d’une chose pour elle-même ».

[54] Le texte et le contexte du par. 248(10) ne précisent pas le moment où la réalisation de la série doit être en vue (« *contemplated* »). Aucun élément du texte n’indique à quel moment l’opération liée doit être terminée par rapport à la série. Plus précisément, rien ne donne à penser que l’opération liée doit être terminée en vue (« *in contemplation* ») d’une série subséquente. Le contexte de la disposition élargit la définition de « série », ce qui milite contre une interprétation restrictive.

[55] Dans *Trustco*, la Juge en chef et le juge Major expliquent que reconnaître au par. 248(10) une portée tant prospective que rétrospective accroît la conformité à l’intention du législateur. En outre, cet arrêt retient en l’élargissant l’interprétation du par. 248(10) dans *OSFC*, lequel supposait lui-même l’application rétrospective de la disposition. La Cour écrit dans *Trustco* (par. 26) :

Le paragraphe 248(10) élargit le sens de l’expression « série d’opérations » de manière à inclure les « opérations et événements liés terminés en vue de réaliser la série ». La Cour d’appel fédérale a conclu, au par. 36 de l’arrêt *OSFC*, que c’est le cas lorsque les parties à l’opération « étaient au courant de la série [. . .], de façon qu’on puisse dire qu’elles en avaient tenu compte lorsqu’elles ont décidé de terminer l’opération ». Nous tenons à ajouter que les mots « en vue de réaliser » sont employés non pas dans le sens d’une connaissance vérifiable, mais dans le sens plus général de « en raison de » ou « relativement à » la série. Ces mots peuvent s’appliquer à des événements survenus soit avant soit après l’opération d’évitement de base visée par le par. 245(3). Comme nous l’avons vu :

[TRADUCTION] Il est très peu probable que le législateur ait voulu inclure, dans la définition légale de l’expression « série d’opérations », les opérations liées terminées en vue de réaliser une série d’opérations subséquente, mais non les opérations liées en vue desquelles le contribuable a terminé une série d’opérations préalable.

(D. G. Duff, « Judicial Application of the General Anti-Avoidance Rule in Canada : *OSFC Holdings*”

Ltd. v. The Queen” (2003), 57 I.B.F.D. Bulletin 278, at p. 287)

[56] The fact that the language of s. 248(10) allows either prospective or retrospective connection of a related transaction to a common law series and that such an interpretation accords with the Parliamentary purpose, impels me to conclude that this interpretation should be preferred to the interpretation advanced by Copthorne.

[57] *Trustco* is a recent decision of this Court. Reversing a recent decision “is a step not to be lightly undertaken” (*Ontario (Attorney General) v. Fraser*, 2011 SCC 20, [2011] 2 S.C.R. 3, at paras. 56-57, *per* McLachlin C.J. and LeBel J.). Before a court will entertain reversing a recently decided decision, there must be substantial reasons to believe the precedent was wrongly decided. In this case, Copthorne has not met the “high threshold for reversing a precedent” (*Fraser*, at para. 60) and it is appropriate to reaffirm the *Trustco* interpretation of s. 248(10).

[58] I would therefore agree with the Tax Court and the Federal Court of Appeal that the redemption transaction was part of the same series as the prior sale and amalgamation, and that the series, including the redemption transaction, resulted in the tax benefit.

(2) Was Any Transaction Within the Purported Series an Avoidance Transaction?

[59] The determination of whether a transaction is undertaken primarily for a non-tax purpose and is therefore not an avoidance transaction is to be objectively considered, and must be based on all of the evidence available to the court (*Trustco*, at paras. 28-29).

[60] The Tax Court judge found that the 1993 sale of VHHC Holdings shares from Copthorne I to Big City was an avoidance transaction. The Federal Court of Appeal agreed.

[61] The sale preserved the PUC of the VHHC Holdings shares when VHHC Holdings

Ltd. v. The Queen » (2003), 57 I.B.F.D. Bulletin 278, p. 287)

[56] Comme le libellé du par. 248(10) permet le rattachement prospectif ou rétrospectif d’une opération liée à une série au sens de la common law et qu’une telle interprétation est compatible avec l’objectif du législateur, force est de conclure que cette interprétation est préférable à celle que préconise Copthorne.

[57] *Trustco* est un arrêt récent de notre Cour, et infirmer une décision récente ne saurait se faire « à la légère » (*Ontario (Procureur général) c. Fraser*, 2011 CSC 20, [2011] 2 R.C.S. 3, par. 56-57, la juge en chef McLachlin et le juge LeBel). Pour que la cour envisage d’écarter un arrêt récent, elle doit avoir des motifs sérieux de croire que la décision est erronée. En l’espèce, Copthorne ne satisfait pas aux « conditions strictes imposées pour le renversement d’un précédent » (*Fraser*, par. 60), de sorte qu’il y a lieu de confirmer l’interprétation du par. 248(10) retenue dans *Trustco*.

[58] Je partage donc l’avis de la Cour de l’impôt et de la Cour d’appel fédérale que le rachat fait partie de la série constituée de la vente et de la fusion antérieures et que la série, une fois le rachat inclus, a procuré un avantage fiscal.

(2) L’une ou l’autre des opérations de la série alléguée constitue-t-elle une opération d’évitement?

[59] La question de savoir si une opération a été principalement effectuée pour un objet non fiscal et qu’il ne s’agit donc pas d’une opération d’évitement doit être tranchée de façon objective, au vu de l’ensemble de la preuve présentée à la cour (*Trustco*, par. 28-29).

[60] La juge de la Cour de l’impôt conclut que la vente en 1993 des actions de VHHC Holdings à Big City par Copthorne I était une opération d’évitement, et la Cour d’appel fédérale lui donne raison.

[61] La vente a empêché l’annulation du CV des actions de VHHC Holdings lors de la fusion de

and Copthorne I were amalgamated to form Copthorne II, which allowed for the subsequent redemption of Copthorne III shares without liability for tax. This is a tax purpose.

[62] Copthorne argues that the transactions were undertaken for the purposes of simplifying the Li Group companies and using the losses within the four amalgamated companies to shelter gains also within the four amalgamated companies. While simplification and sheltering gains may apply to the other transactions, they do not explain the sale of VHHC Holdings shares to Big City. As the Tax Court judge found, the share sale introduced an additional step into a process of simplification and consolidation. A vertical amalgamation would have resulted in the same simplification and consolidation. Moreover, Copthorne has not shown why sheltering gains using losses within the four companies would not have been possible if the companies were amalgamated vertically.

[63] I see no error in the finding of the Tax Court judge that the sale of the VHHC Holdings shares from Copthorne I to Big City was not primarily undertaken for a *bona fide* non-tax purpose. The burden was upon Copthorne to prove the existence of a *bona fide* non-tax purpose (*Trustco*, at para. 66), which it failed to do. Thus, I would affirm her finding that the sale of the VHHC Holdings shares to Big City was an avoidance transaction.

[64] Because there was a series of transactions which resulted in a tax benefit, the finding that one transaction in the series was an avoidance transaction satisfies the requirements of s. 245(3).

D. *Was the Avoidance Transaction Giving Rise to the Tax Benefit Abusive?*

[65] The most difficult issue in this case is whether the avoidance transaction was an abuse or misuse of the Act. The terms “abuse” or “misuse” might be viewed as implying moral opprobrium regarding the actions of a taxpayer to minimize tax liability utilizing the provisions of the *Income Tax Act* in a creative way. That would be inappropriate.

VHHC Holdings et de Copthorne I pour former Copthorne II, ce qui a permis le rachat subséquent des actions de Copthorne III en franchise d’impôt, d’où l’objet fiscal.

[62] Copthorne fait valoir que les opérations visaient à simplifier la structure d’entreprise du groupe Li et à mettre à l’abri les gains des quatre sociétés fusionnées par l’utilisation de leurs pertes. Les objectifs consistant à simplifier la structure et à mettre les gains à l’abri de l’impôt peuvent s’appliquer aux autres opérations, mais ils n’expliquent pas la vente des actions de VHHC Holdings à Big City. Comme le relève la juge de la Cour de l’impôt, cette vente a ajouté une étape au processus de simplification et de consolidation. On serait parvenu aux mêmes simplification et consolidation par fusion verticale. Qui plus est, Copthorne n’a pas démontré en quoi la fusion verticale n’aurait pas permis la mise à l’abri des gains grâce aux pertes des quatre sociétés.

[63] Je ne vois pas d’erreur dans la conclusion de la juge selon laquelle la vente à Big City des actions de VHHC Holdings par Copthorne I n’a pas été principalement effectuée pour un objet véritable non fiscal. Il incombait à Copthorne de prouver l’existence d’un tel objet (*Trustco*, par. 66), ce qu’elle n’a pas réussi à faire. Je suis donc d’avis de confirmer sa conclusion qu’il s’agit d’une opération d’évitement.

[64] Vu l’existence d’une série d’opérations ayant produit un avantage fiscal, la conclusion qu’une opération de la série est une opération d’évitement satisfait aux exigences du par. 245(3).

D. *L’opération d’évitement conférant un avantage fiscal était-elle abusive?*

[65] La question de savoir si l’opération d’évitement constitue un abus dans l’application de la Loi est la plus épineuse en l’espèce. On pourrait voir dans le mot « abus » la réprobation morale du contribuable qui, afin de réduire son obligation fiscale, se montre ingénieux pour faire jouer la *Loi de l’impôt sur le revenu* en sa faveur. On aurait tort,

Taxpayers are entitled to select courses of action or enter into transactions that will minimize their tax liability (see *Duke of Westminster*).

[66] The GAAR is a legal mechanism whereby Parliament has conferred on the court the unusual duty of going behind the words of the legislation to determine the object, spirit or purpose of the provision or provisions relied upon by the taxpayer. While the taxpayer's transactions will be in strict compliance with the text of the relevant provisions relied upon, they may not necessarily be in accord with their object, spirit or purpose. In such cases, the GAAR may be invoked by the Minister. The GAAR does create some uncertainty for taxpayers. Courts, however, must remember that s. 245 was enacted "as a provision of last resort" (*Trustco*, at para. 21).

[67] A court must be mindful that a decision supporting a GAAR assessment in a particular case may have implications for innumerable "everyday" transactions of taxpayers. A decision affecting PUC is a good example. There are undoubtedly hundreds, and perhaps thousands of share transactions each year in which the PUC of a certain class of shares may be a relevant consideration. Because of the potential to affect so many transactions, the court must approach a GAAR decision cautiously. It is necessary to remember that "Parliament must . . . be taken to seek consistency, predictability and fairness in tax law" (*Trustco*, at para. 42). As this Court stated in *Trustco*:

Parliament intends taxpayers to take full advantage of the provisions of the *Income Tax Act* that confer tax benefits. Indeed, achieving the various policies that the *Income Tax Act* seeks to promote is dependent on taxpayers doing so. [para. 31]

[68] For this reason, "the GAAR can only be applied to deny a tax benefit when the abusive nature of the transaction is clear" (*Trustco*, at para. 50). The court's role must therefore be to conduct an objective, thorough and step-by-step analysis and explain the reasons for its conclusion.

car le contribuable peut opter pour les avenues ou les opérations qui sont propres à réduire son obligation fiscale (voir *Duke of Westminster*).

[66] La RGAÉ est un mécanisme juridique par lequel le législateur confie aux tribunaux la tâche inhabituelle d'aller au-delà du texte de la disposition invoquée par le contribuable pour en déterminer l'objet ou l'esprit. Il se peut qu'une opération du contribuable respecte à la lettre la disposition en cause sans nécessairement être conforme à l'objet ou à l'esprit de celle-ci. Dans ce cas, le ministre peut invoquer la RGAÉ, laquelle crée effectivement de l'incertitude chez le contribuable. Les tribunaux doivent toutefois se rappeler que l'art. 245 représente une « mesure de dernier recours » (*Trustco*, par. 21).

[67] Il ne faut pas perdre de vue que la confirmation judiciaire d'une cotisation fondée sur la RGAÉ peut avoir des répercussions sur d'innombrables opérations « courantes » effectuées par les contribuables. La décision touchant le CV en constitue un bon exemple. Le CV d'une catégorie d'actions peut représenter une considération pertinente pour les centaines, voire les milliers, d'opérations sur actions qui ont assurément lieu chaque année. Parce que sa décision relative à l'application de la RGAÉ peut avoir un effet sur autant d'opérations, la cour doit faire preuve de prudence. N'oublions pas qu'« il faut [. . .] considérer [que le législateur] recherche l'uniformité, la prévisibilité et l'équité en matière de droit fiscal » (*Trustco*, par. 42). Comme l'affirme notre Cour dans *Trustco* :

[Le législateur] veut que les contribuables profitent pleinement des dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu* qui confèrent des avantages fiscaux. En fait, il s'agit là de la condition de réussite des différentes politiques que la *Loi de l'impôt sur le revenu* cherche à promouvoir. [par. 31]

[68] C'est pourquoi « la RGAÉ ne permet de supprimer un avantage fiscal que dans les cas où l'opération en cause est manifestement abusive » (*Trustco*, par. 50). En conséquence, la cour doit se livrer à une analyse objective, approfondie et point par point, puis justifier sa conclusion.

[69] In order to determine whether a transaction is an abuse or misuse of the Act, a court must first determine the “object, spirit or purpose of the provisions . . . that are relied on for the tax benefit, having regard to the scheme of the Act, the relevant provisions and permissible extrinsic aids” (*Trustco*, at para. 55). The object, spirit or purpose of the provisions has been referred to as the “legislative rationale that underlies specific or interrelated provisions of the Act” (V. Krishna, *The Fundamentals of Income Tax Law* (2009), at p. 818).

[70] The object, spirit or purpose can be identified by applying the same interpretive approach employed by this Court in all questions of statutory interpretation — a “unified textual, contextual and purposive approach” (*Trustco*, at para. 47; *Lipson v. Canada*, 2009 SCC 1, [2009] 1 S.C.R. 3, at para. 26). While the approach is the same as in all statutory interpretation, the analysis seeks to determine a different aspect of the statute than in other cases. In a traditional statutory interpretation approach the court applies the textual, contextual and purposive analysis to determine what the words of the statute mean. In a GAAR analysis the textual, contextual and purposive analysis is employed to determine the object, spirit or purpose of a provision. Here the meaning of the words of the statute may be clear enough. The search is for the rationale that underlies the words that may not be captured by the bare meaning of the words themselves. However, determining the rationale of the relevant provisions of the Act should not be conflated with a value judgment of what is right or wrong nor with theories about what tax law ought to be or ought to do.

[71] Second, a court must consider whether the transaction falls within or frustrates the identified purpose (*Trustco*, at para. 44). As earlier stated, while an avoidance transaction may operate alone to produce a tax benefit, it may also operate as part of a series of transactions that results in the tax benefit. While the focus must be on the transaction, where it is part of a series, it must be viewed in the context of the series to enable the court to determine whether abusive tax avoidance has occurred. In such a case, whether a transaction is abusive will

[69] Pour conclure au caractère abusif d’une opération, la cour doit d’abord déterminer « l’objet ou l’esprit des dispositions [. . .] qui sont invoquées pour obtenir l’avantage fiscal, eu égard à l’économie de la Loi, aux dispositions pertinentes et aux moyens extrinsèques admissibles » (*Trustco*, par. 55). Un auteur assimile cet objet ou cet esprit à la [TRADUCTION] « raison d’être qui sous-tend des dispositions particulières ou interdépendantes de la Loi » (V. Krishna, *The Fundamentals of Income Tax Law* (2009), p. 818).

[70] L’objet ou l’esprit peuvent être circonscrits grâce à la méthode qu’emploie notre Cour pour toute interprétation législative, à savoir une méthode « textuelle, contextuelle et téléologique unifiée » (*Trustco*, par. 47; *Lipson c. Canada*, 2009 CSC 1, [2009] 1 R.C.S. 3, par. 26). Bien que la méthode d’interprétation soit la même dans le cas de la RGAÉ, l’analyse vise en l’espèce à dégager un aspect différent de la loi. Dans un cas classique d’interprétation législative, la cour applique l’analyse textuelle, contextuelle et téléologique pour établir le sens du texte de la loi. Dans le cas de la RGAÉ, l’analyse textuelle, contextuelle et téléologique vise à établir l’objet ou l’esprit d’une disposition. Il est alors possible que le sens des mots employés par le législateur soit suffisamment clair. La raison d’être de la disposition peut ne pas ressortir de la seule signification des mots eux-mêmes. Il ne faut cependant pas confondre la détermination de la raison d’être des dispositions applicables de la Loi avec le jugement de valeur quant à ce qui est bien ou mal non plus qu’avec les conjectures sur ce que devrait être une loi fiscale ou sur l’effet qu’elle devrait avoir.

[71] La cour doit ensuite se demander si l’opération est conforme à l’objet ainsi défini ou si elle le contrecarre (*Trustco*, par. 44). Comme je le dis précédemment, une opération d’évitement peut en soi produire un avantage fiscal, mais elle peut également faire partie d’une série d’opérations qui en confère un. Bien que l’accent doive être mis sur elle, lorsque l’opération fait partie d’une série, il faut l’examiner dans le contexte de la série pour déterminer s’il y a évitement fiscal abusif. En effet, le caractère abusif d’une opération ne se révèle

only become apparent when it is considered in the context of the series of which it is a part and the overall result that is achieved (*Lipson*, at para. 34, *per LeBel J.*).

[72] The analysis will then lead to a finding of abusive tax avoidance: (1) where the transaction achieves an outcome the statutory provision was intended to prevent; (2) where the transaction defeats the underlying rationale of the provision; or (3) where the transaction circumvents the provision in a manner that frustrates or defeats its object, spirit or purpose (*Trustco*, at para. 45; *Lipson*, at para. 40). These considerations are not independent of one another and may overlap. At this stage, the Minister must clearly demonstrate that the transaction is an abuse of the Act, and the benefit of the doubt is given to the taxpayer.

[73] When applying this test, there is no distinction between an “abuse” and a “misuse”. Instead, there is a single unified approach (*Trustco*, at para. 43). In the balance of these reasons, I will therefore only use the term “abuse”.

(1) The Relevant Sections

[74] The three sections of the Act that are alleged to have been abused are ss. 89(1), 87(3) and 84(3). Section 89(1) defines PUC. The relevant portion reads:

89. . . .

“paid-up capital” at any particular time means,

(a) in respect of a share of any class of the capital stock of a corporation, an amount equal to the paid-up capital at that time, in respect of the class of shares of the capital stock of the corporation to which that share belongs, divided by the number of issued shares of that class outstanding at that time,

(b) in respect of a class of shares of the capital stock of a corporation,

. . .

(iii) where the particular time is after March 31, 1977, an amount equal to the paid-up capital in respect of that class of shares at the particular time, computed without reference to the

alors que dans le contexte de la série dans laquelle elle s’inscrit et de l’effet global obtenu (*Lipson*, par. 34, le juge LeBel).

[72] L’analyse fait conclure à l’évitement fiscal abusif lorsque l’opération (1) produit un résultat que la disposition législative vise à empêcher, (2) va à l’encontre de la raison d’être de la disposition ou (3) contourne l’application de la disposition de manière à contrecarrer son objet ou son esprit : *Trustco*, par. 45; *Lipson*, par. 40. Ces considérations ne jouent pas indépendamment les unes des autres, et elles peuvent se chevaucher. À cette étape, le ministre doit montrer clairement que l’opération a un caractère abusif, et le contribuable a le bénéfice du doute.

[73] Ce critère n’appelle pas de distinction entre les termes « *abuse* » et « *misuse* » employés dans la version anglaise, mais plutôt l’application d’une seule méthode unifiée (*Trustco*, par. 43).

(1) Les dispositions pertinentes

[74] Les trois dispositions de la Loi dont il y aurait abus sont les par. 89(1), 87(3) et 84(3). Voici les passages pertinents du par. 89(1), qui définit le CV :

89. . . .

« capital versé » À un moment donné :

a) à l’égard d’une action d’une catégorie quelconque du capital-actions d’une société, somme égale au capital versé à ce moment, relativement à la catégorie d’actions du capital-actions de la société à laquelle appartient cette action et divisé par le nombre des actions émises de cette catégorie qui sont en circulation à ce moment;

b) à l’égard d’une catégorie d’actions du capital-actions d’une société :

. . .

(iii) lorsque le moment donné est postérieur au 31 mars 1977, somme égale au capital versé au moment donné au titre de cette catégorie d’actions, calculée compte non tenu de la présente

provisions of this Act except subsections 51(3) and 66.3(2) and (4), sections 84.1 and 84.2, subsections 85(2.1), 85.1(2.1), 86(2.1), 87(3) and (9), 128.1(2) and (3), 138(11.7), 192(4.1) and 194(4.1) and section 212.1, . . .

[75] This definition is unusual. It does not provide an express positive definition. Instead, it states that PUC shall be calculated initially “without reference to the provisions of this Act”. In practice this means that the PUC calculation begins with reference to the stated capital of a class of shares, determined under corporate law. This is explained in para. 2 of the Income Tax Interpretation Bulletin IT-463R2, “Paid-up Capital” (September 8, 1995):

Since subparagraph (b)(iii) of the definition of “paid-up capital” provides that the amount of the paid-up capital of a class of shares is initially determined without reference to the provisions of the *Income Tax Act*, the calculation is based on the relevant corporate law rather than tax law. The amount calculated under corporate law is usually referred to as the “stated capital” of the class of shares.

(See also Krishna, at p. 621.)

[76] Stated capital is “the full amount that [a corporation] receives in respect of any share it issues” (K. P. McGuinness, *Canadian Business Corporations Law* (2nd ed. 2007), at §7.231). Where an investment is made in a corporation in consideration for shares, the stated capital of the corporation increases. Professor Krishna refers to stated capital as “the amount of money that a shareholder ‘commits’ to the corporation” (p. 610). The calculation of stated capital is set out at s. 26 of the *Canada Business Corporations Act*, R.S.C. 1985, c. C-44 (“CBCA”) and at s. 28 of the *Alberta Business Corporations Act*, R.S.A. 2000, c. B-9 (“ABCA”).

[77] Because the Act relies on the corporate law concept of stated capital, the computation of PUC will be based on the statute in the jurisdiction in which a corporation is registered. In this case, the amalgamation of Copthorne I and VHHHC Holdings occurred under the ABCA.

loi, à l’exception des paragraphes 51(3) et 66.3(2) et (4), des articles 84.1 et 84.2, des paragraphes 85(2.1), 85.1(2.1), 86(2.1), 87(3) et (9), 128.1(2) et (3), 138(11.7), 192(4.1) et 194(4.1) et de l’article 212.1; . . .

[75] L’énoncé est inhabituel, car il ne définit pas explicitement le terme de manière positive. Il dispose plutôt que le CV est initialement calculé « compte non tenu de la présente loi », de sorte que, dans les faits, le point de départ du calcul du CV est le capital déclaré d’une catégorie d’actions suivant le droit des sociétés. Voici l’explication que donne le par. 2 du Bulletin d’interprétation IT-463R2, « Capital versé » (8 septembre 1995) :

Le montant du capital versé d’une catégorie d’actions est d’abord déterminé, selon le sous-alinéa b)(iii) de la définition de « capital versé », sans égard aux dispositions de la *Loi de l’impôt sur le revenu*. C’est la loi sur les sociétés applicable, et non les lois fiscales, qui règle le calcul de ce montant. Le montant ainsi calculé est souvent désigné sous le nom de « capital déclaré » de la catégorie d’actions.

(Voir aussi Krishna, p. 621.)

[76] Le capital déclaré s’entend [TRADUCTION] « du montant total de l’apport que touche [la société] en contrepartie des actions qu’elle émet » (K. P. McGuinness, *Canadian Business Corporations Law* (2^e éd. 2007), §7.231). Lorsqu’une somme est investie dans une société en contrepartie d’actions, le capital déclaré de la société augmente. Le professeur Krishna assimile le capital déclaré à [TRADUCTION] « la somme d’argent qu’un actionnaire “engage” dans la société » (p. 610). Le calcul du capital déclaré est prévu à l’art. 26 de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*, L.R.C. 1985, ch. C-44 (« LCSA ») et à l’art. 28 de la *Business Corporations Act* de l’Alberta, R.S.A. 2000, ch. B-9 (« BCAA »).

[77] Étant donné que la Loi s’en remet à la notion de capital déclaré du droit des sociétés, le calcul du CV s’effectue en fonction de la loi du ressort dans lequel la société est immatriculée. En l’espèce, la fusion de Copthorne I et de VHHHC Holdings a eu lieu sous le régime de la BCAA.

[78] Where the PUC of a corporation diverges from the stated capital it is “because of subsequent adjustments for tax purposes” (Krishna, at p. 621). The adjustments made to compute PUC are those enumerated in subparagraph (b)(iii) of the definition of PUC in s. 89(1). Thus, while stated capital and PUC may be the same in some cases, the two may differ substantially. The adjustment relevant in this case is found in s. 87(3).

[79] Section 87(3) ensures that the PUC of the shares of an amalgamated corporation shall not exceed the PUC of the shares of the amalgamating corporations. In effect, it means that when companies amalgamate, it is the PUC of the shares of the amalgamating corporations, not their stated capital, that is used to determine the PUC of the shares of the amalgamated corporation. The relevant portion of the section reads:

87. . . .

(3) Subject to subsection (3.1), where there is an amalgamation or a merger of 2 or more Canadian corporations, in computing at any particular time the paid-up capital in respect of any particular class of shares of the capital stock of the new corporation,

(a) there shall be deducted that proportion of the amount, if any, by which the paid-up capital, determined without reference to this subsection, in respect of all the shares of the capital stock of the new corporation immediately after the amalgamation or merger exceeds the total of all amounts each of which is the paid-up capital in respect of a share (except a share held by any other predecessor corporation) of the capital stock of a predecessor corporation

[80] Section 87(3) provides that the PUC of the shares of the amalgamated corporation will be reduced if it exceeds the PUC of the shares of the amalgamating corporations. If there is more than one class of shares, the reduction will be applied proportionally to each class.

[81] However, s. 87(3) has an additional effect which is at the centre of this appeal. It ensures that the total PUC of the shares of the amalgamating corporations will be aggregated “except a share held by any other predecessor corporation”. The

[78] Le CV d’une société peut différer de son capital déclaré [TRADUCTION] « en raison de rajustements apportés subséquemment à des fins fiscales » (Krishna, p. 621). Les rajustements apportés au calcul du CV sont ceux visés au sous-al. b)(iii) de la définition du CV figurant au par. 89(1). Ainsi, bien que le capital déclaré soit parfois égal au CV, il peut en différer substantiellement. Le rajustement visé en l’espèce est celui prévu au par. 87(3).

[79] Le paragraphe 87(3) empêche le CV des actions de la société issue de la fusion d’excéder celui des actions des sociétés fusionnantes. Dès lors, en pratique, lors d’une fusion, le CV des actions des sociétés fusionnantes, et non leur capital déclaré, sert à déterminer le CV des actions de la société qui résulte de l’opération. Voici les passages pertinents :

87. . . .

(3) Sous réserve du paragraphe (3.1), en cas de fusion ou d’unification de plusieurs sociétés canadiennes, il faut, dans le calcul à un moment donné du capital versé au titre d’une catégorie donnée d’actions du capital-actions de la nouvelle société :

a) déduire la fraction de l’excédent éventuel du capital versé, calculé compte non tenu du présent paragraphe, à l’égard de toutes les actions du capital-actions de la nouvelle société immédiatement après la fusion ou l’unification sur le total des montants dont chacun représente le capital versé à l’égard d’une action (exception faite d’une action détenue par toute autre société remplacée) du capital-actions d’une société remplacée

[80] Suivant le par. 87(3), le CV des actions de la société issue de la fusion est réduit s’il excède le CV des actions des sociétés fusionnantes. S’il existe plus d’une catégorie d’actions, la réduction s’applique proportionnellement à chacune d’elles.

[81] Toutefois, le par. 87(3) produit un autre effet, qui est au cœur du présent pourvoi. Il prévoit l’addition des CV des actions des sociétés fusionnantes, « exception faite d’une action détenue par toute autre société remplacée ». Cette brève exception

effect of this short additional parenthetical clause is that, on amalgamation, any PUC of the shares of an amalgamating corporation, where its shares were held by another amalgamating corporation, will be cancelled rather than being aggregated. Thus, where an amalgamation is vertical — that is, where shares of one amalgamating corporation are held by another amalgamating corporation as in a parent-subsidiary relationship — the PUC of the shares of the subsidiary will not be aggregated, but will be cancelled. In the case of a wholly owned subsidiary, the resulting PUC will be that of the shares of the parent corporation only. (Where shares of a subsidiary are held partially by a parent corporation and partially by other shareholders, it will only be the PUC of the shares of the subsidiary held by the parent corporation that will be cancelled.)

[82] This may be contrasted with a horizontal amalgamation where the companies being amalgamated do not own shares in one another (although they may both be owned by the same parent, as was the case here). In a horizontal amalgamation no PUC is attributable to shares that are “held by any other predecessor corporation”, and thus the text of s. 87(3) would result in an aggregation and not a cancellation of PUC of the shares of the amalgamating corporations.

[83] The third section relied upon by the Minister is s. 84(3). It reads:

84. . . .

(3) Where at any time after December 31, 1977 a corporation resident in Canada has redeemed, acquired or cancelled in any manner whatever (otherwise than by way of a transaction described in subsection 84(2)) any of the shares of any class of its capital stock,

(a) the corporation shall be deemed to have paid at that time a dividend on a separate class of shares comprising the shares so redeemed, acquired or cancelled equal to the amount, if any, by which the amount paid by the corporation on the redemption, acquisition or cancellation, as the case may be, of those shares exceeds the paid-up capital in respect of those shares immediately before that time; and

(b) a dividend shall be deemed to have been received at that time by each person who held any of

formulée entre parenthèses fait en sorte que, lors de la fusion, tout CV des actions d’une société fusionnante qui étaient détenues *par* une autre société fusionnante est annulé, et non additionné. Partant, en cas de fusion verticale — c’est-à-dire lorsque les actions d’une société fusionnante sont détenues par une autre société fusionnante, p. ex. une société mère et sa filiale —, le CV des actions de la filiale n’est pas additionné, mais annulé. Dans le cas d’une filiale à cent pour cent, le CV résultant de la fusion correspond à celui des actions de la seule société mère. (Lorsque les actions d’une filiale sont détenues en partie par la société mère et en partie par d’autres actionnaires, seul le CV des actions de la filiale détenues par la société mère est annulé.)

[82] Il en va autrement lorsqu’il y a fusion horizontale de sociétés ne possédant pas d’actions les unes des autres (bien qu’elles puissent être la propriété de la même société mère, comme en l’espèce). Lors d’une fusion horizontale, aucun CV n’est attribuable aux actions « détenue[s] par toute autre société remplacée », de sorte que le par. 87(3) donne lieu à l’addition du CV des actions des sociétés fusionnantes, et non à son annulation.

[83] La troisième disposition invoquée par le ministre est le par. 84(3), dont voici le texte :

84. . . .

(3) Lorsque, à un moment donné après le 31 décembre 1977, une société résidant au Canada a racheté, acquis ou annulé de quelque façon que ce soit (autrement que par une opération visée au paragraphe (2)) toute action d’une catégorie quelconque de son capital-actions :

a) la société est réputée avoir versé au moment donné un dividende sur une catégorie distincte d’actions constituée des actions ainsi rachetées, acquises ou annulées, égal à l’excédent éventuel de la somme payée par la société lors du rachat, de l’acquisition ou de l’annulation, selon le cas, de ces actions sur le capital versé relatif à ces actions, existant immédiatement avant ce moment;

b) chacune des personnes qui détenaient au moment donné une ou plusieurs actions de cette

the shares of that separate class at that time equal to that portion of the amount of the excess determined under paragraph 84(3)(a) that the number of those shares held by the person immediately before that time is of the total number of shares of that separate class that the corporation has redeemed, acquired or cancelled, at that time.

[84] Section 84(3) is a deeming provision. It splits the amount paid on a share redemption between the PUC and the excess over PUC. To the extent a shareholder receives an amount less than or equal to the PUC it will be considered a non-taxable return of capital. However, where the payment exceeds the PUC, s. 84(3) deems the excess to be a dividend subject to tax. In effect, s. 84(3) merely takes the PUC, determined pursuant to s. 89(1) including any adjustments such as required by s. 87(3), and deems any amount paid in excess of the resulting PUC a dividend subject to tax.

(2) Which Provisions Are Abused?

[85] The issue in this appeal involves the computation of PUC on amalgamation. Section 84(3) does not alter the computation of PUC. It merely accepts and applies the PUC computations made pursuant to other provisions.

[86] Sections 89(1) and 87(3) do deal with the computation of PUC on amalgamation. As noted above, the definition of PUC in s. 89(1) provides a baseline reliance on stated capital for the calculation of PUC, with subsequent adjustments. Section 87(3) provides for a reduction that may apply on amalgamations. To determine if there was abuse in this case, it is s. 87(3) that must be at the centre of the analysis.

(3) The Object, Spirit and Purpose of Section 87(3)

[87] To assess the underlying rationale of s. 87(3) it is necessary to consider its text, context and purpose. As with all statutory interpretation, these

catégorie distincte est réputée avoir reçu à ce moment un dividende égal à la fraction de l'excédent déterminé en vertu de l'alinéa a) représentée par le rapport existant entre le nombre de ces actions que détenait cette personne immédiatement avant ce moment et le nombre total des actions de cette catégorie distincte que la société a rachetées, acquises ou annulées, à ce moment.

[84] Le paragraphe 84(3) crée une présomption suivant laquelle la somme payée lors du rachat d'actions est répartie entre le CV et l'excédent sur le CV. La contrepartie versée à l'actionnaire qui est moindre ou égale au CV est réputée constituer un remboursement de capital non imposable. Toutefois, lorsqu'elle est supérieure au CV, l'excédent est réputé constituer un dividende imposable. De fait, le par. 84(3) prend simplement en compte le CV établi en application du par. 89(1), y compris tout rajustement apparenté à celui que requiert le par. 87(3), et présume que la somme versée en sus du CV ainsi établi est un dividende assujéti à l'impôt.

(2) Dans l'application de quelles dispositions y a-t-il abus?

[85] Le pourvoi a pour objet le calcul du CV lors d'une fusion. Le paragraphe 84(3) ne modifie pas ce calcul, il ne fait que reprendre celui effectué en vertu d'autres dispositions.

[86] Pour leur part, les par. 89(1) et 87(3) portent sur le calcul du CV par suite d'une fusion. Je rappelle que suivant la définition du CV qui figure au par. 89(1), son calcul se fonde sur le capital déclaré, compte tenu de rajustements subséquents. Suivant le par. 87(3), une réduction est possible lors d'une fusion. Pour déterminer s'il y a abus en l'espèce, il faut axer l'analyse sur le par. 87(3).

(3) L'objet et l'esprit du par. 87(3)

[87] Il faut, pour établir la raison d'être du par. 87(3), en examiner le texte, le contexte et l'objet. Comme toujours dans l'interprétation des lois, ces

three elements are not entirely separate, and at times they will overlap.

(a) *The Text of the Provision*

[88] In any GAAR case the text of the provisions at issue will not literally preclude a tax benefit the taxpayer seeks by entering into the transaction or series. This is not surprising. If the tax benefit of the transaction or series was prohibited by the text, on reassessing the taxpayer, the Minister would only have to rely on the text and not resort to the GAAR. However, this does not mean that the text is irrelevant. In a GAAR assessment the text is considered to see if it sheds light on what the provision was intended to do.

[89] The text of s. 87(3) ensures that in a horizontal amalgamation the PUC of the shares of the amalgamated corporation does not exceed the total of the PUC of the shares of the amalgamating corporations. The question is why s. 87(3) is concerned with limiting PUC in this way. Since PUC may be withdrawn from a corporation without inclusion in the income of the shareholder, it seems evident that the intent is that PUC be limited such that it is not inappropriately increased merely through the device of an amalgamation.

[90] Section 87(3) also provides, in its parenthetical clause, that the PUC of the shares of an amalgamating corporation held by another amalgamating corporation is cancelled. In other words, in a vertical amalgamation, the PUC of inter-
corporate shareholdings, such as exists in the case of a parent-subsidiary relationship, is not to be aggregated. Again, having regard to the fact that PUC may be withdrawn from a corporation not as a dividend subject to tax but as a non-taxable return of capital, the indication is that the parenthetical clause is intended to limit PUC of the shares of the amalgamated corporation to the PUC of the shares of the amalgamating parent corporation. While the creation of PUC in the shares of downstream corporations is valid, its preservation on amalgamation may be seen as a means of enabling the withdrawal of funds in excess of the capital invested as a return of capital rather than as

trois éléments ne sont pas totalement distincts, et il peut parfois y avoir chevauchement.

a) *Le texte de la disposition*

[88] Lorsque la RGAÉ est en cause, la disposition visée n'interdit pas littéralement l'avantage fiscal que le contribuable tente d'obtenir au moyen de l'opération ou de la série d'opérations, ce qui n'a rien d'étonnant. Si la disposition renfermait l'interdiction, c'est sur elle que serait fondée la nouvelle cotisation, et le ministre n'aurait pas à invoquer la RGAÉ. Le texte de la disposition n'est toutefois pas dépourvu de pertinence, car pour l'application de la RGAÉ, il peut renseigner sur l'objet de la disposition.

[89] Suivant son libellé, le par. 87(3) fait, lors d'une fusion horizontale, en sorte que le CV des actions de la société issue de la fusion n'excède pas le CV total des actions des sociétés fusionnantes. Mais pourquoi limiter ainsi le CV? Puisqu'il est possible de retirer le CV d'une société sans l'inclure dans le revenu de l'actionnaire, il paraît évident que le législateur a voulu limiter le CV afin d'empêcher son augmentation injustifiée par le simple recours à la fusion.

[90] Le paragraphe 87(3) prévoit également, entre parenthèses, une exception emportant l'annulation du CV des actions d'une société fusionnante qui sont détenues par une autre société fusionnante. Autrement dit, lors d'une fusion verticale, le CV correspondant aux participations entre sociétés, dans le cas, par exemple, d'une société mère et d'une filiale, n'est pas additionné. Encore une fois, le fait que le CV puisse être retiré et considéré non comme un dividende imposable mais comme un remboursement de capital non assujéti à l'impôt permet de conclure que l'exception vise à faire en sorte que le CV des actions de la société issue de la fusion ne puisse excéder le CV des actions de la société mère fusionnante. Malgré la légitimité du CV créé à l'égard des actions des sociétés en aval, sa conservation lors d'une fusion peut être considérée comme un moyen de prélever une somme supérieure à celle investie, et ce, sous forme de

a deemed dividend to the shareholder subject to tax.

(b) *The Context of the Provision*

[91] The consideration of context involves an examination of other sections of the Act, as well as permissible extrinsic aids (*Trustco*, at para. 55). However, not every other section of the Act will be relevant in understanding the context of the provision at issue. Rather, relevant provisions are related “because they are grouped together” or because they “work together to give effect to a plausible and coherent plan” (R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (5th ed. 2008), at pp. 361 and 364).

(i) The PUC Scheme of the Act

[92] The first contextual consideration is the PUC scheme in the Act, including ss. 84(3) and 89(1).

[93] In oral argument, counsel for Cophthorne conceded that s. 84(3) provides for payment of PUC to shareholders on redemption of shares by the corporation without liability for tax in recognition of the fact that the initial investment is made with tax-paid funds.

[94] I agree that this is why s. 84(3) provides that any payment on redemption of shares is only deemed to be a dividend where the amount paid is in excess of PUC. Section 84(3) helps to explain why, in s. 87(3), PUC is limited to the PUC of the shares of the amalgamating corporations in a horizontal amalgamation and why the PUC of the shares of a subsidiary held by a parent will be cancelled on a vertical amalgamation. Without limiting or cancelling PUC as provided in s. 87(3), payments to shareholders on redemption of their shares in excess of the investment made with tax-paid funds could be made without liability for tax by the shareholder.

[95] Section 89(1) incorporates by reference provisions which reduce the PUC of the shares of a corporation. They are colloquially referred to as

remboursement de capital plutôt que de dividende réputé assujéti à l’impôt.

b) *Le contexte de la disposition*

[91] L’examen du contexte suppose l’examen d’autres dispositions de la Loi, ainsi que des moyens extrinsèques admissibles (*Trustco*, par. 55). Cependant, toutes les dispositions de la Loi ne sont pas pertinentes pour la définition du contexte de la disposition en cause. La pertinence tient en fait au [TRADUCTION] « regroupement » des dispositions ou à leur « interaction pour la mise en œuvre d’un plan plausible et cohérent » (R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (5^e éd. 2008), p. 361 et 364).

(i) Le régime établi par la Loi en matière de CV

[92] Le premier élément contextuel à considérer est le régime créé par la Loi en matière de CV, notamment aux par. 84(3) et 89(1).

[93] Les avocats de Cophthorne ont reconnu à l’audience que le par. 84(3) permet à l’actionnaire de toucher le CV de ses actions en franchise d’impôt lors du rachat de celles-ci par la société parce que l’investissement initial est effectué au moyen de fonds libérés d’impôt.

[94] Je conviens que c’est la raison pour laquelle le par. 84(3) assimile à un dividende seulement la portion de la contrepartie versée pour le rachat des actions qui excède le CV. Le paragraphe 84(3) explique en partie pourquoi, au par. 87(3), le CV ne peut excéder le CV des actions des sociétés fusionnantes lors d’une fusion horizontale et pourquoi le CV des actions d’une filiale détenues par la société mère est annulé lors d’une fusion verticale. Si le CV n’était pas ainsi plafonné ou annulé, les actionnaires pourraient, lors d’un rachat d’actions, toucher en franchise d’impôt une somme supérieure à celle qu’ils ont investie, constituée de fonds libérés d’impôt.

[95] Le paragraphe 89(1) incorpore par renvoi des dispositions qui réduisent le CV des actions d’une société. Par exemple, les art. 84.1 et 212.1 réduisent

“grinds”. For example, ss. 84.1 and 212.1 both grind PUC in non-arm’s length transactions. These sections have been described as “anti-avoidance” provisions aimed at “dividend stripping” (*Collins & Aikman Products Co. v. The Queen*, 2009 TCC 299, 2009 D.T.C. 1179, at paras. 55 and 105, aff’d 2010 FCA 251, [2011] 1 C.T.C. 250) because such non-arm’s length transactions may provide an opportunity for corporations to return funds in excess of the initial investment made with tax-paid funds to a shareholder as a non-taxable return of capital, rather than as a taxable dividend.

[96] The existence of such grinds is an indication that the subsections enumerated in s. 89(1) are mostly intended to prevent the preservation of PUC in instances where bare reliance on stated capital would not achieve Parliament’s intended tax purpose of allowing only for a return of tax-paid investment without inclusion in income. Because s. 87(3) is one provision within this series of grinds, it is reasonable to conclude that it shares the same purpose of precluding the preservation of PUC where such preservation would allow for a withdrawal, without liability for tax, of an amount in excess of the investment made with tax-paid funds.

(ii) The Principle of Non-Consolidation

[97] I turn now from the immediate PUC scheme to other related provisions in the Act. Copthorne points out that the Act does not generally consolidate the financial results of separate corporations for tax purposes. Section 2(1) of the Act states that income tax is computed “for each taxation year of every person resident in Canada”. Because each corporation is a separate taxpayer for the purposes of the Act, the tax computation for each corporation is separate. Copthorne refers to this as a policy of corporate “non-consolidation”.

[98] In the context of PUC, this means that the shares of a corporation have their own PUC, and that this PUC exists independently from the PUC of

tous deux le CV lors d’opérations avec lien de dépendance. On les qualifie de dispositions « anti-évitement » visant le dépouillement des dividendes (*Collins & Aikman Products Co. c. La Reine*, 2009 CCI 299 (CanLII), par. 55 et 105, conf. par 2010 CAF 251 (CanLII)), car grâce à ces opérations avec lien de dépendance, les sociétés peuvent verser aux actionnaires, à titre de remboursement de capital non imposable plutôt que de dividende imposable, une somme supérieure à l’investissement initial de fonds libérés d’impôt.

[96] L’existence de tels mécanismes de réduction donne à penser que les dispositions énumérées au par. 89(1) visent principalement à empêcher la conservation du CV lorsque la seule prise en compte du capital déclaré ne permettrait pas d’atteindre l’objectif fiscal du législateur, à savoir que seul le remboursement des fonds libérés d’impôt investis ne soit pas ajouté au revenu. Comme le par. 87(3) fait partie de cette énumération, on peut raisonnablement penser qu’il a lui aussi pour objet d’empêcher la conservation du CV qui permettrait à l’actionnaire de toucher en franchise d’impôt une somme supérieure aux fonds libérés d’impôt qu’il a investis.

(ii) Principe de non-consolidation

[97] Laissons maintenant de côté le régime directement applicable au CV pour examiner des dispositions connexes de la Loi. Copthorne fait remarquer qu’en règle générale, la Loi ne consolide pas les résultats financiers de sociétés distinctes aux fins fiscales. Suivant le par. 2(1) de la Loi, l’impôt sur le revenu est établi « pour chaque année d’imposition, sur le revenu imposable de toute personne résidant au Canada ». Chacune des sociétés constituant un contribuable distinct pour l’application de la Loi, le calcul de l’impôt s’effectue séparément pour chacune d’elles. Copthorne y voit une politique de [TRADUCTION] « non-consolidation » des sociétés.

[98] Pour ce qui concerne le CV, il s’ensuit que les actions d’une société ont le leur, indépendamment de celui des actions des autres sociétés, qu’elles

the shares of other corporations, whether or not the corporations are related. For example, an investment may be made by an individual in a parent company, by the parent in a subsidiary, and by the subsidiary in a further subsidiary, with PUC created at each step. This non-consolidation of PUC results from the non-consolidation of stated capital. In corporate law stated capital is determined by reference to each corporation, whether related to one another or not, and is based on the consideration received for shares issued by the corporation (see *CBCA*, s. 26(2) and *ABCA*, s. 28(2)).

[99] This context suggests that the creation of PUC of the shares in a downstream corporation is not contrary to any policy of the Act. However, this point speaks to the creation of PUC, rather than the preservation of PUC. Simply because PUC was validly created does not mean that it may be validly preserved. Section 87(3) does not speak to creation, but instead to limitation or cancellation of PUC upon amalgamation. In amalgamations, two unconsolidated corporations become one consolidated corporation. Section 87(3) provides a bridge connecting the PUC of the shares of the prior unconsolidated corporations and the subsequent consolidated corporation. In a horizontal amalgamation, the PUC of the shares of the amalgamated corporation cannot exceed the PUC of the shares of the amalgamating corporations. Upon a vertical amalgamation, all PUC of shares held by a parent corporation in a subsidiary will be cancelled. The principle of non-consolidation recognizes the valid creation of PUC in a subsidiary corporation, but does not justify preservation of PUC when parent and subsidiary are amalgamated.

(iii) The Relevance of the Capital Gains Scheme

[100] Copthorne argues that the provisions of the Act relating to capital gains and PUC are part of a single integrated scheme that “provides a complete solution to this situation” and ensures that tax eventually is applied to shareholder returns, either as a deemed dividend or as a capital gain (A.F., at para. 69).

soient liées ou non. Par exemple, une personne physique peut investir dans une société mère, la société mère dans une filiale et la filiale dans une autre filiale, entraînant à chaque étape la création d’un CV. Cette non-consolidation du CV découle de la non-consolidation du capital déclaré. En droit des sociétés, chaque société a son capital déclaré, indépendamment de ses liens avec d’autres sociétés, et ce capital déclaré est fonction de la contrepartie touchée par la société pour les actions qu’elle a émises (voir le par. 26(2) de la *LCSA* et le par. 28(2) de la *BCAA*).

[99] Dès lors, la création du CV des actions d’une société en aval n’enfreindrait aucune politique générale sous-tendant la Loi. Mais, il s’agit dans ce cas de créer le CV, et non de le conserver. Ce n’est pas parce que le CV a été légitimement constitué qu’il peut être légitimement conservé. Le paragraphe 87(3) ne porte pas sur la création du CV, mais sur sa réduction ou son annulation lors d’une fusion. La fusion regroupe en une seule deux sociétés qui fonctionnaient jusqu’alors séparément. Le paragraphe 87(3) relie le CV des actions des sociétés avant la fusion à celui de la société issue de la fusion. Lors d’une fusion horizontale, le CV des actions de la société issue de la fusion ne peut excéder le CV des actions des sociétés fusionnantes. Lors d’une fusion verticale, le CV des actions d’une filiale détenues par la société mère est annulé. Le principe de non-consolidation reconnaît la légitimité du CV créé pour une filiale, mais il ne justifie pas sa conservation lorsqu’il y a fusion entre une société mère et sa filiale.

(iii) Pertinence des dispositions relatives au gain en capital

[100] Copthorne soutient que les dispositions de la Loi relatives au gain en capital et celles qui concernent le CV font partie d’un même régime intégré qui [TRADUCTION] « offre une solution complète à la situation visée en l’espèce » en faisant en sorte qu’un remboursement à l’actionnaire finisse par être imposé, soit au titre de dividende réputé, soit au titre de gain en capital (m.a., par. 69).

[101] On the basis of the arguments made, I have not been convinced to accept Copthorne's position. Capital gains or losses are calculated in relation to the adjusted cost base ("ACB") of a share, not its PUC. While PUC relates to shares, ACB relates to a specific taxpayer. PUC depends on the amount initially invested as capital, whereas the ACB reflects the amount the current shareholder paid for the shares. In some cases the ACB and PUC may be the same, but in others they may not be. In the case of shares acquired from a prior shareholder it will be unlikely that the ACB will be equal to the PUC.

[102] I would hesitate to conclude that the Act contains a "complete solution" whereby any withdrawal that would not be caught under the PUC-deemed dividend scheme would be caught instead by the capital gains scheme. An amount returned to a shareholder on a share redemption may be considered a return of capital rather than a deemed dividend under s. 84(3). However, the return of capital may reflect either a capital gain or a capital loss, which would be determined in relation to the ACB of the shareholder.

[103] Further, the tax rates applicable to dividends and capital gains are not identical. With respect to non-resident shareholders, tax treaties may exempt capital gains from tax but not dividends. This suggests that the capital gains scheme is not an automatic proxy for the PUC-deemed dividend scheme, whereby a taxpayer will always be liable for the same tax under one tax scheme or the other on a redemption. Copthorne did not cite any sources directly on this point. The capital gains issue was not addressed by either the Tax Court judge or the Federal Court of Appeal. In the circumstances, Copthorne has not substantiated this argument sufficiently that it can be accepted in this case.

(iv) The "In Rem" Nature of PUC

[104] Copthorne says that PUC is *in rem*, and as a result should not be "traced" back to an initial investment. It is true that PUC is a tax attribute of a

[101] L'argumentation de Copthorne ne me convainc pas du bien-fondé de sa position. Le gain ou la perte en capital est établi en fonction du prix de base rajusté (« PBR ») d'une action, et non du CV. Le CV se rattache aux actions, et le PBR, à un contribuable particulier. Le CV dépend du capital initialement investi, tandis que le PBR représente la somme que l'actionnaire a payée pour les actions. Il arrive que le PBR et le CV coïncident, mais ce n'est pas toujours le cas. Il est peu probable que le PBR pour l'actionnaire corresponde au CV des actions acquises lorsque celles-ci appartenaient à un autre actionnaire.

[102] J'hésite à convenir que la Loi offre une « solution complète » en faisant en sorte que le retrait qui échappe aux dispositions assimilant le remboursement du CV à un dividende réputé tombe sous le coup de celles sur le gain en capital. La somme versée à un actionnaire lors d'un rachat d'actions peut être considérée comme un remboursement de capital au lieu de constituer un dividende réputé suivant le par. 84(3). Cependant, le remboursement de capital peut se traduire par un gain ou une perte en capital, ce qui dépend du PBR pour l'actionnaire.

[103] En outre, le taux d'imposition applicable au dividende et au gain en capital n'est pas le même. Le gain en capital d'un actionnaire non résident peut être exonéré d'impôt en vertu d'un traité fiscal, mais pas le dividende. On peut dès lors penser que le régime applicable au gain en capital ne se substitue pas automatiquement au régime assimilant le CV à un dividende réputé, de sorte qu'en cas de rachat, le contribuable assume la même obligation fiscale sous l'un ou l'autre régime. Copthorne ne cite aucune source sur ce point. La question du gain en capital n'est abordée ni par la juge de la Cour de l'impôt ni par la Cour d'appel fédérale. La thèse de Copthorne n'est donc pas assez étayée pour qu'on puisse y faire droit en l'espèce.

(iv) Nature « in rem » du CV

[104] Copthorne invoque la nature *in rem* du CV pour faire valoir qu'il n'y a pas lieu de [TRADUCTION] « remonter » à l'investissement initial. Il est vrai

share that does not generally change with a change of shareholder, and thus can be considered in some ways to be *in rem*. Copthorne argues that the courts below only found that the preservation of PUC was inappropriate because it was “traced” to the same initial investment of funds. It argues that the PUC should have been treated in the same way, regardless of how it was created.

[105] The difficulty is that s. 87(3) is an example of where the treatment of PUC *does* depend on who owns the shares, because PUC associated with inter-corporate shareholdings is cancelled on vertical amalgamation. In this circumstance, the PUC is not exclusively *in rem*. Thus, it cannot be said that the treatment of PUC is never dependent on the identity of the owner of the shares. Instead, under s. 87(3), where shares of an amalgamating corporation are owned by another amalgamating corporation, the PUC of those shares is cancelled.

(v) Stop-PUC Rules in the Act

[106] Copthorne says that the absence of specific stop-PUC rules, similar to stop-loss rules, suggests that the Act does not have a policy against PUC preservation. Thus, Copthorne argues, the object, spirit and purpose of s. 87(3) cannot be against the preservation of PUC. A stop-loss rule is a “non-recognition rul[e] that prevent[s] the realization of a loss on the disposition of a particular property The purpose . . . is to prevent the realization of accrued losses where the taxpayer’s economic interest in the property is not actually relinquished” (Duff, *Canadian Income Tax Law*, at pp. 1109-10).

[107] However, the grinds set out in s. 89(1), including s. 87(3), act to cancel or limit PUC in situations where it is considered inappropriate for tax purposes for it to be preserved. While s. 87(3) is not a “stop-loss” rule, it can be viewed as a “stop-PUC” rule intended to stop the aggregation of PUC in vertical amalgamations and to limit the aggregation upon horizontal amalgamation so that PUC of an amalgamated corporation does not exceed the

que le CV est un attribut fiscal de l’action qui n’est généralement pas touché par un changement d’actionnaire et auquel on peut donc, en quelque sorte, attribuer un caractère *in rem*. Selon Copthorne, les tribunaux inférieurs concluent à la conservation indue du CV uniquement parce qu’ils le rattachent à l’investissement initial correspondant. Elle fait valoir que le CV devrait plutôt faire l’objet d’un traitement uniforme sans égard à son mode de création.

[105] Le problème tient à ce que le par. 87(3) vise une situation où le traitement du CV dépend *effectivement* de l’identité de l’actionnaire parce que le CV des participations entre sociétés *est* annulé en cas de fusion verticale. Il s’ensuit que le CV ne revêt pas un caractère strictement *in rem*. On ne saurait donc affirmer que le traitement du CV n’est jamais tributaire de l’identité du propriétaire des actions. Le paragraphe 87(3) prévoit plutôt l’annulation des actions d’une société fusionnante qui sont détenues par une autre société fusionnante.

(v) Règle de la minimisation du CV

[106] Arguant de l’absence d’une règle analogue à celle de la minimisation des pertes pour affirmer que nulle politique sous-jacente à la Loi ne s’oppose à la conservation du CV, Copthorne fait valoir que l’objet et l’esprit du par. 87(3) ne peuvent donc aller à l’encontre de cette conservation. Une règle de minimisation des pertes s’entend d’une [TRADUCTION] « règle de refus qui empêche la réalisation d’une perte afférente à la disposition d’un bien particulier [. . .] Elle a pour objet [. . .] d’empêcher la réalisation de pertes accumulées lorsque le contribuable ne s’est pas véritablement départi de son intérêt financier dans le bien » (Duff, *Canadian Income Tax Law*, p. 1109-1110).

[107] Or, les dispositions emportant réduction du CV qui sont énumérées au par. 89(1), y compris le par. 87(3), ont pour effet d’annuler ou de plafonner le CV lorsque sa conservation est jugée inopportune aux fins fiscales. Bien que le par. 87(3) ne constitue pas une règle de « minimisation des pertes », on peut y voir une règle de « minimisation du CV » visant à empêcher son addition en cas de fusion verticale et à le plafonner en cas de fusion

total of the tax-paid investment in the amalgamating corporations.

(vi) *Expressio Unius Est Exclusio Alterius*

[108] Copthorne argues that Parliament has enacted a number of PUC provisions which are intended to prevent taxpayers from inappropriately increasing or preserving PUC. It argues that the detail of the PUC provisions, such as s. 87(3), suggests that where the taxpayer's actions are not caught by a provision, the actions cannot abuse the purpose of the provision. I interpret this argument as what Professor Sullivan calls "implied exclusion". In essence the argument is that "there is reason to believe that if the legislature had meant to include a particular thing within its legislation, it would have referred to that thing expressly" (Sullivan, at p. 244). Section 89(1) is a definition section. As such, I would agree with Copthorne that when the definition lists a series of "grinds", without any indication of the possibility of making additions to that list, that it may be assumed that the list is exhaustive. Thus, if this were a case of traditional statutory interpretation, an argument that the series of transactions here are somehow contemplated by the listed grinds could fail.

[109] However, that is not the nature of a GAAR analysis. When the Minister invokes the GAAR, he is conceding that the words of the statute do not cover the series of transactions at issue. Rather, he argues that although he cannot rely on the text of the statute, he may rely on the underlying rationale or object, spirit and purpose of the legislation to support his position.

[110] I do not rule out the possibility that in some cases the underlying rationale of a provision would be no broader than the text itself. Provisions that may be so construed, having regard to their context and purpose, may support the argument that the text is conclusive because the text is consistent with and fully explains its underlying rationale.

horizontale de façon que le CV de la société issue de la fusion ne soit pas supérieur à l'investissement total de fonds libérés d'impôt dans les sociétés fusionnantes.

(vi) *Expressio unius est exclusio alterius*

[108] Copthorne soutient que le législateur a adopté un certain nombre de dispositions relatives au CV, dont le par. 87(3), afin d'empêcher le contribuable d'augmenter ou de conserver indûment le CV, de sorte que lorsque ses actes ne tombent pas sous le coup d'une disposition, il ne saurait y avoir abus de celle-ci eu égard à son objet. L'argument me paraît correspondre à ce que la professeure Sullivan appelle la thèse de [TRADUCTION] « l'exclusion implicite », qui repose sur l'existence de « raisons de croire que, si le législateur avait voulu inclure un élément donné dans la mesure législative, il en aurait fait expressément mention » (Sullivan, p. 244). Étant donné que le par. 89(1) renferme des définitions, Copthorne a raison d'affirmer que l'énumération d'une série de dispositions emportant réduction, sans mention de la possibilité d'ajouts, permet de présumer de l'exhaustivité de la liste. S'il s'agissait d'un cas classique d'interprétation législative, l'allégation voulant que la série d'opérations considérée en l'espèce soit visée par les dispositions énumérées pourrait donc être rejetée.

[109] Toutefois, l'analyse qui sous-tend la RGAÉ n'est pas de cette nature. Lorsque le ministre invoque la RGAÉ, il admet que le texte de la loi n'englobe pas la série d'opérations en cause, mais il fait valoir que sa position, bien qu'elle ne prenne pas appui sur ce texte, est fondée sur sa raison d'être, son objet ou son esprit.

[110] Je n'écarte pas la possibilité que, dans certains cas, la raison d'être d'une disposition n'ait pas une plus grande portée que son libellé. En pareils cas, la disposition, compte tenu de son contexte et de son objet, peut étayer la prétention que son texte est déterminant parce qu'il correspond à sa raison d'être et l'explique entièrement.

[111] However, the implied exclusion argument is misplaced where it relies exclusively on the text of the PUC provisions without regard to their underlying rationale. If such an approach were accepted, it would be a full response in all GAAR cases, because the actions of a taxpayer will always be permitted by the text of the Act. As noted in *OSFC*, if the Court is confined to a consideration of the language of the provisions in question, without regard to their underlying rationale, it would seem inevitable that the GAAR would be rendered meaningless (para. 63).

(vii) Conclusion of Contextual Considerations

[112] Having regard to the PUC scheme and the principle of non-consolidation and the other arguments made by Copthorne, the necessary conclusion remains that one rationale for s. 87(3) is that payments to shareholders from an amalgamated corporation on a share redemption should not be taxable as a deemed dividend, only to the extent that such payments reflect investments made with tax-paid funds. The objective of this exemption is to recognize PUC as a return of capital to shareholders.

(c) *The Purpose of the Provisions*

[113] Tax provisions are intended to “promote purposes related to specific activities” (*Trustco*, at para. 52). This step seeks to ascertain what outcome Parliament intended a provision or provisions to achieve, amidst the myriad of purposes promoted by the Act.

[114] Copthorne claims that the purpose of these provisions is to compute PUC based on stated capital in most cases, except where a specific exception exists. It argues that s. 87(3) represents one exception, which is intended to ensure continuity or to “prevent corporate law increases to stated capital on horizontal amalgamations” (A.F., at para. 82 (emphasis deleted)).

[115] However, while continuity may explain part of s. 87(3), it is not a tax rationale for the

[111] Or, on ne saurait invoquer l’exclusion implicite en la fondant uniquement sur le texte des dispositions relatives au CV sans égard à leur raison d’être. Si on y faisait droit, cette thèse neutraliserait toujours l’application de la RGAÉ, car les actes du contribuable seraient toujours permis par le texte de la Loi. Comme le signale la Cour d’appel fédérale dans *OSFC*, si la Cour doit s’en tenir au seul libellé de la disposition en cause, sans égard à sa raison d’être, la RGAÉ deviendra inévitablement inutile (par. 63).

(vii) Conclusion de l’analyse contextuelle

[112] Compte tenu du régime applicable au CV, du principe de non-consolidation et des autres éléments invoqués par Copthorne, la conclusion demeure nécessairement que l’une des raisons d’être du par. 87(3) est de faire en sorte que le versement à l’actionnaire par une société issue d’une fusion, lors d’un rachat d’actions, ne soit pas imposable à titre de dividende réputé seulement dans la mesure où il correspond aux fonds libérés d’impôt investis. L’exemption vise à reconnaître que le CV constitue un remboursement de capital à l’actionnaire.

c) *L’objet des dispositions*

[113] Les dispositions fiscales ont pour objet de « favoriser la réalisation d’objectifs liés à des activités précises » (*Trustco*, par. 52). Le présent volet vise à déterminer quel résultat, parmi la multitude d’objectifs poursuivis par la Loi, le législateur a voulu que produise la disposition.

[114] Selon Copthorne, la plupart des dispositions en cause ont pour objet le calcul du CV en fonction du capital déclaré, sauf exception expresse. Le paragraphe 87(3) établirait une exception en ce qu’il viserait à assurer la continuité ou à [TRADUCTION] « empêcher l’augmentation du capital déclaré en application du droit des sociétés lors d’une fusion horizontale » (m.a., par. 82 (soulignement supprimé)).

[115] Même si la continuité peut expliquer en partie l’existence du par. 87(3), ce n’est pas le

parenthetical exception for vertical amalgamations. As discussed above, s. 87(3) ensures that the PUC of the shares of an amalgamated corporation does not exceed the PUC of the shares of the amalgamating corporations in a horizontal amalgamation. For this reason, I would agree that continuity is one of the purposes promoted by s. 87(3). However, as noted by this Court in *Trustco*, a provision “can serve a variety of independent and interlocking purposes” (para. 53). The words of s. 87(3), other than the parenthetical words, are directed at continuity in a horizontal amalgamation. The parenthetical portion, dealing with vertical amalgamations, functions to cancel the PUC of the shares of an amalgamating subsidiary corporation. By cancelling the PUC of shares held by a parent corporation, rather than simply continuing the PUC of those shares, the parenthetical portion reflects an additional purpose in s. 87(3). The parenthetical portion seeks to preclude corporations from preserving PUC of the shares of a subsidiary corporation on amalgamation with the parent corporation as that PUC reflects investment of the same tax-paid dollars as in the parent corporation.

[116] It has also been argued that s. 87(3) is simply intended to maintain consistency between corporate law and tax law, and that s. 87(3) takes its purpose from the corporate law cancellation of shares upon a vertical amalgamation. Under s. 182(2) of the *CBCA*, the shares held by one amalgamating corporation in another must be cancelled on amalgamation (s. 182(2) of the *ABCA* has the same effect). While neither explicitly requires the cancellation of the stated capital in those shares, it is generally accepted that the stated capital is cancelled along with the shares (see C. Cardarelli, “Transactions Involving Paid-Up Capital”, in the Canadian Tax Foundation’s *Report of Proceedings of the Fifty-Sixth Tax Conference* (2005), 26:1, at p. 26:20). In this way, corporate law treats horizontal amalgamations differently than vertical amalgamations. Similarly, s. 87(3) treats horizontal amalgamations and vertical amalgamations differently. The argument is that on vertical amalgamations, the purpose of s. 87(3) is simply to cancel PUC because shares and therefore stated capital are cancelled. As I understand the argument, cancellation

cas, sur le plan fiscal, de l’exception qu’il prévoit entre parenthèses à l’égard d’une fusion verticale. Rappelons que suivant le par. 87(3), lors d’une fusion horizontale, le CV des actions de la société qui en est issue n’excède pas le CV des actions des sociétés fusionnantes. C’est pourquoi je conviens que la continuité est l’un des objets du par. 87(3). Cependant, comme le fait observer notre Cour dans *Trustco*, une disposition « peut viser toute une gamme d’objectifs indépendants et interdépendants » (par. 53). Sauf l’exception qu’il prévoit, le par. 87(3) a pour raison d’être la continuité en cas de fusion horizontale. L’exception, qui vise la fusion verticale, a pour effet d’annuler le CV des actions de la filiale qui est partie à l’opération. L’annulation — plutôt que le maintien — du CV des actions détenues par la société mère traduit l’existence d’un objet supplémentaire. L’exception prévue entre parenthèses au par. 87(3) vise à empêcher la conservation du CV des actions d’une filiale lors d’une fusion avec la société mère, et ce, parce qu’il représente les mêmes fonds libérés d’impôt que ceux investis dans la société mère.

[116] Copthorne fait par ailleurs valoir que le par. 87(3) vise simplement à assurer la cohérence entre le droit des sociétés et le droit fiscal et que son objet est dérivé de l’annulation d’actions prévue par le droit des sociétés lors d’une fusion verticale. Suivant le par. 182(2) de la *LCSA* (et le par. 182(2) de la *BCAA*), il y a annulation des actions d’une société fusionnante détenues par une autre société fusionnante. Aucune de ces dispositions n’exige expressément l’annulation du capital déclaré de ces actions, mais on convient généralement que le capital déclaré est annulé en même temps que les actions : C. Cardarelli, « Transactions Involving Paid-Up Capital » dans *Report of Proceedings of the Fifty-Sixth Tax Conference* (2005) de l’Association canadienne d’études fiscales, 26:1, p. 26:20. Le droit des sociétés traite donc la fusion horizontale différemment de la fusion verticale. C’est également ce que fait le par. 87(3). Copthorne soutient que l’objet du par. 87(3), lors d’une fusion verticale, est simplement d’annuler le CV parce que les actions, puis le capital déclaré, sont annulés. Si je comprends bien, l’annulation du CV par suite

of PUC on vertical amalgamations is to align PUC with corporate law. Therefore, there is no tax reason to cancel PUC of the shares of a corporation that was a subsidiary if through a series of transactions it was no longer a subsidiary.

[117] The difficulty with this rationale is that in corporate law, shares held by one amalgamating corporation in another are cancelled to prevent an inappropriate dilution of the shares of a corporation upon amalgamation (R. W. V. Dickerson, J. L. Howard and L. Getz, *Proposals for a New Business Corporations Law for Canada*, vol. I, at para. 362). However, the aggregation of PUC would not dilute the share capital of a corporation, and thus the purpose of s. 87(3) cannot be taken directly from the purpose for the cancellation of shares in corporate law, because the two are not aimed at the same concern. Instead, the independent cancellation of the PUC under the *Income Tax Act* attributable to shares held by an amalgamating corporation in a subsidiary suggests that Parliament believed that aggregating PUC upon a vertical amalgamation would result in an excessive preservation for a tax reason.

[118] Copthorne submits that such a conclusion could only rest upon a *general* policy against surplus stripping. It argues that no such general policy exists and therefore the object, spirit and purpose of s. 87(3) cannot be to prevent surplus stripping by the aggregation of PUC. This argument is based upon this Court's admonition in *Trustco* that "courts cannot search for an overriding policy of the Act that is not based on a unified, textual, contextual and purposive interpretation of the specific provisions in issue" (para. 41). What is not permissible is basing a finding of abuse on some broad statement of policy, such as anti-surplus stripping, which is not attached to the provisions at issue. However, the tax purpose identified in these reasons is based upon an examination of the PUC sections of the Act, not a broadly stated policy. The approach addresses the rationale of the PUC scheme specifically in relation to amalgamation and redemption and not a general policy unrelated to the scheme under consideration.

d'une fusion verticale viserait l'alignement sur le droit des sociétés, de sorte qu'il n'y aurait aucune raison fiscale d'annuler le CV des actions d'une filiale lorsque, à l'issue d'une série d'opérations, elle n'est plus une filiale.

[117] Le problème de ce raisonnement est qu'en droit des sociétés, les actions détenues par une société fusionnante dans une autre société fusionnante sont annulées afin de prévenir la dilution injustifiée des actions par suite de la fusion : R. W. V. Dickerson, J. L. Howard et L. Getz, *Propositions pour un nouveau droit des corporations commerciales canadiennes*, vol. I, par. 362. Toutefois, l'addition du CV ne dilue pas le capital-actions d'une société, de sorte que l'objet du par. 87(3) ne saurait être le même que celui de l'annulation d'actions en droit des sociétés, car les enjeux diffèrent. L'annulation indépendante, sous le régime de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, du CV des actions d'une filiale détenues par une société fusionnante permet plutôt de conclure que pour le législateur, l'addition du CV lors d'une fusion verticale aurait abouti à une conservation excessive aux fins de l'impôt.

[118] Copthorne rétorque que seule l'existence d'une politique *générale* défavorable au dépouillement de surplus pourrait fonder pareille conclusion. Or, vu l'absence d'une telle politique, l'objet ou l'esprit du par. 87(3) ne peut être de prévenir le dépouillement de surplus par l'addition de CV. Cet argument prend appui sur la mise en garde de notre Cour dans *Trustco*, à savoir que « [l]es tribunaux ne peuvent chercher une politique prépondérante de la Loi qui n'est pas fondée sur une interprétation textuelle, contextuelle et téléologique unifiée des dispositions en cause » (par. 41). Ce qui n'est pas permis, c'est de conclure à l'abus sur le fondement d'un énoncé de principe général — contre le dépouillement de surplus, par exemple — qui n'a aucun lien avec les dispositions en cause. Cependant, l'objectif fiscal relevé dans les présents motifs prend appui sur les dispositions de la Loi relatives au CV, et non sur une politique formulée en termes généraux. La démarche s'attache à la raison d'être des dispositions sur le CV précisément en liaison avec la fusion et le rachat, et non avec une politique générale étrangère au régime en cause.

[119] Copthorne argues that upholding the decision of the Tax Court would leave taxpayers under the “Damoclesian menace of the GAAR” (A.F., at para. 57). It suggests that taxpayers would not be able to determine whether PUC which had been validly created in a downstream investment would be subject to cancellation if it was sold to a third party or to an unrelated non-resident party. Copthorne says that this will leave taxpayers in a state of impermissible uncertainty. However, before the GAAR may be applied in any circumstance, there must be an avoidance transaction which results in a tax benefit. In the absence of a specific transaction undertaken primarily to obtain a tax benefit, a sale of shares to a third party or to an unrelated non-resident party primarily for a *bona fide* non-tax purpose will not trigger the GAAR. In such a case, PUC will continue to be a valid attribute which allows for a return of an amount equivalent to PUC to be paid to new shareholders without inclusion in their income.

[120] I should emphasize that the purchase of shares may have a tax purpose, but that does not necessarily mean that the tax purpose will always be the primary reason for the transaction. In the numerous share transactions taking place each year, the party acquiring shares of a corporation will likely be aware of the tax implications of the existing PUC. However, where a transaction takes place primarily for a non-tax purpose, there will be no avoidance transaction. In the absence of an avoidance transaction, the fact that a transaction may have a secondary tax benefit purpose will not trigger the GAAR. Whether the transactions are between parties at arm’s length or not at arm’s length should be immaterial (*Stuart Investments Ltd. v. The Queen*, [1984] 1 S.C.R. 536).

[121] Copthorne also argues that the Act does not contain a policy that parent and subsidiary corporations must always remain as parent and subsidiary. I agree. There is no general principle against corporate reorganization. Where corporate reorganization takes place, the GAAR does not apply unless there is an avoidance transaction that is

[119] Pour Copthorne, confirmer la décision de la Cour de l’impôt ferait peser sur le contribuable [TRADUCTION] « la menace de l’application de la RGAÉ, telle une épée de Damoclès » (m.a., par. 57). À son avis, il serait impossible au contribuable de déterminer si le CV légitimement créé à l’égard des actions d’une société en aval pourra être annulé en cas de vente à un tiers ou à une personne non résidente et non apparentée. Elle ajoute qu’il en résulterait une situation d’incertitude intolérable. Toutefois, l’application de la RGAÉ est toujours subordonnée à l’existence d’une opération d’évitement dont découle un avantage fiscal. En l’absence d’une opération particulière effectuée principalement en vue de l’obtention d’un avantage fiscal, la vente d’actions à un tiers ou à une personne non résidente et non apparentée qui interviendrait principalement pour un objet véritable non fiscal ne donnerait pas lieu à l’application de la RGAÉ. Le CV demeurerait alors un attribut légitime autorisant le remboursement au nouvel actionnaire, sans inclusion dans son revenu, d’une somme équivalant au CV.

[120] Je souligne que l’achat d’actions peut avoir une motivation fiscale sans que celle-ci ne soit nécessairement la raison première de l’opération. Lors des innombrables opérations qui ont lieu chaque année, les acquéreurs d’actions d’une société connaissent vraisemblablement les conséquences fiscales liées au CV existant. Toutefois, lorsqu’une opération est effectuée principalement pour un objet non fiscal, il n’y a pas d’opération d’évitement et, de ce fait, l’existence d’un avantage fiscal accessoire ne fait pas entrer en jeu la RGAÉ. La question de savoir s’il s’agit d’une opération avec ou sans lien de dépendance importe peu : *Stuart Investments Ltd. c. La Reine*, [1984] 1 R.C.S. 536.

[121] Copthorne soutient également avec raison que la Loi n’établit aucune politique générale portant qu’une société mère et une filiale doivent toujours le demeurer. Nulle politique générale n’exclut la réorganisation de sociétés. La RGAÉ n’intervient alors que si une opération d’évitement est jugée abusive. Même lorsqu’il y a réorganisation dans un

found to constitute an abuse. Even where corporate reorganization takes place for a tax reason, the GAAR may still not apply. It is only when a reorganization is primarily for a tax purpose *and* is done in a manner found to circumvent a provision of the *Income Tax Act* that it may be found to abuse that provision. And it is only where there is a finding of abuse that the corporate reorganization may be caught by the GAAR.

(d) *Conclusion on the Object, Spirit and Purpose of the Parenthetical Portion of Section 87(3)*

[122] Having regard to the text, context and purpose of s. 87(3), I would conclude that the object, spirit and purpose of the parenthetical portion of the section is to preclude preservation of PUC of the shares of a subsidiary corporation upon amalgamation of the parent and subsidiary where such preservation would permit shareholders, on a redemption of shares by the amalgamated corporation, to be paid amounts as a return of capital without liability for tax, in excess of the amounts invested in the amalgamating corporations with tax-paid funds. Having identified the object, spirit and purpose of s. 87(3), it is now necessary to determine whether the provision has been abused in this case.

(4) Was There an Abuse of the Provisions of the Act?

[123] While Parliament's intent is to seek consistency, predictability and fairness in tax law, in enacting the GAAR, it must be acknowledged that it has created an unavoidable degree of uncertainty for taxpayers. This uncertainty underlines the obligation of the Minister who wishes to overcome the countervailing obligations of consistency and predictability to demonstrate clearly the abuse he alleges.

[124] Copthorne agrees that s. 87(3) would have led to a cancellation of the PUC of the VHHC Holdings shares if it had been vertically amalgamated with Copthorne I. Instead of amalgamating the two companies, Copthorne I sold its VHHC Holdings shares to Big City, in order to avoid the

dessein fiscal, il se peut que la RGAÉ ne s'applique pas. Ce n'est que lorsque la réorganisation a principalement un objet fiscal *et* qu'on juge qu'elle interviendrait de manière à contourner l'application de dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu* qu'elle peut être considérée comme abusive. Et ce n'est que si elle est tenue pour abusive qu'elle peut tomber sous le coup de la RGAÉ.

(d) *Conclusion relative à l'objet ou à l'esprit de l'exception prévue au par. 87(3)*

[122] L'analyse textuelle, contextuelle et téléologique du par. 87(3) m'amène à conclure que l'objet ou l'esprit de l'exception qui y est prévue est de faire obstacle à la conservation du CV des actions d'une filiale en cas de fusion avec la société mère, lorsqu'elle permettrait à l'actionnaire de toucher, lors du rachat de ses actions par la société issue de la fusion, à titre de remboursement non imposable, une somme supérieure aux fonds libérés d'impôt qu'il a investis dans les sociétés fusionnantes. L'objet ou l'esprit du par. 87(3) étant défini, il faut à présent déterminer s'il y a abus dans l'application de cette disposition en l'espèce.

(4) Y a-t-il abus dans l'application des dispositions de la Loi?

[123] Bien que le législateur ait un souci d'uniformité, de prévisibilité et d'équité lorsqu'il légifère en matière fiscale, il faut reconnaître qu'en adoptant la RGAÉ, il a soumis les contribuables à une incertitude inévitable. Dès lors, le ministre a d'autant plus l'obligation de démontrer clairement l'abus allégué s'il veut satisfaire aux deux autres principes que sont l'uniformité et la prévisibilité.

[124] Copthorne convient que le par. 87(3) aurait entraîné l'annulation du CV des actions de VHHC Holdings s'il y avait eu fusion verticale entre celle-ci et Copthorne I. Copthorne I a plutôt vendu ses actions de VHHC Holdings à Big City afin d'éviter la fusion verticale et l'annulation du CV des

vertical amalgamation and cancellation of the PUC of the shares of VHHC Holdings. The transaction obviously circumvented application of the parenthetical words of s. 87(3) upon the later amalgamation of Copthorne I and VHHC Holdings.

[125] The question is whether this was done in a way that “frustrates or defeats the object, spirit or purpose” of the parenthetical words of s. 87(3) (*Trustco*, at para. 45). In oral argument, Copthorne argued that leaving VHHC Holdings and Copthorne in a vertical structure would be “throwing away” the PUC upon amalgamation. It argued that the purpose of s. 87(3) cannot require shareholders to throw away valuable assets. However, it must be remembered that there has been a finding of tax benefit (protecting the PUC of the shares of VHHC Holdings of \$67,401,279 from withholding tax upon Copthorne III redeeming a large portion of its shares) and an avoidance transaction (the sale of VHHC Holdings from Copthorne I to Big City). The GAAR analysis looks to determine whether the avoidance of a vertical amalgamation and preservation of VHHC Holdings’ PUC of \$67,401,279 circumvented s. 87(3), achieves an outcome s. 87(3) was intended to prevent or defeats the underlying rationale of s. 87(3). If such a finding is made, the taxpayer is not “throwing away” a valuable asset. It is the application of the GAAR that applies to deny the benefit of that “asset” to the taxpayer.

[126] It is true that the text of s. 87(3) recognizes two options, the horizontal and vertical forms of amalgamations. It is also true that the text does not expressly preclude a taxpayer from selecting one or the other option. However, I have concluded that the object, spirit and purpose of s. 87(3) is to preclude the preservation of PUC, upon amalgamation, where such preservation would allow a shareholder, on a redemption of shares by the amalgamated corporation, to be paid amounts without liability for tax in excess of the investment of tax-paid funds.

[127] I am of the opinion that the sale by Copthorne I of its VHHC Holdings shares to Big City, which was undertaken to protect \$67,401,279

actions of VHHC Holdings. L’opération a manifestement contourné l’application de l’exception prévue au par. 87(3) lors de la fusion subséquente de Copthorne I et de VHHC Holdings.

[125] Il faut se demander si cela s’est fait d’une manière « contraire à l’objet ou à l’esprit » de l’exception figurant au par. 87(3) (*Trustco*, par. 45). Dans sa plaidoirie, Copthorne fait valoir que conserver la structure verticale de VHHC Holdings et de Copthorne aurait emporté le « sacrifice » du CV lors de la fusion. Elle soutient que le par. 87(3) ne peut avoir pour objet de contraindre les actionnaires à sacrifier des éléments d’actifs importants. Il faut cependant se rappeler qu’il y a eu avantage fiscal (protéger d’une retenue d’impôt le CV de 67 401 279 \$ des actions de VHHC Holdings lors du rachat par Copthorne III d’un bloc d’actions important) et opération d’évitement (la vente de VHHC Holdings à Big City par Copthorne I). L’analyse fondée sur la RGAÉ vise à déterminer si le non-recours à la fusion verticale et la conservation du CV de 67 401 279 \$ des actions de VHHC Holdings ont contourné l’application du par. 87(3), ont produit un résultat que le par. 87(3) vise à empêcher ou sont contraires à la raison d’être du par. 87(3). Dans l’affirmative, le contribuable n’a pas « sacrifié » un élément d’actif important. C’est l’application de la RGAÉ qui prive le contribuable de cet « élément d’actif ».

[126] Le paragraphe 87(3) admet certes deux possibilités, la fusion verticale et la fusion horizontale. Il est également vrai qu’il n’empêche pas expressément le contribuable d’opter pour l’une ou l’autre. J’estime toutefois que l’objet ou l’esprit de la disposition est de faire obstacle à la conservation du CV lors de la fusion lorsqu’elle permettrait à l’actionnaire de toucher en franchise d’impôt, lors du rachat de ses actions par la société issue de la fusion, une somme supérieure aux fonds libérés d’impôt investis.

[127] Je suis d’avis que la vente par Copthorne I de ses actions de VHHC Holdings à Big City, effectuée pour empêcher l’annulation du CV de

of PUC from cancellation, while not contrary to the text of s. 87(3), does frustrate and defeat its purpose. The tax-paid investment here was in total \$96,736,845. To allow the aggregation of an additional \$67,401,279 to this amount would enable payment, without liability for tax by the shareholders, of amounts well in excess of the investment of tax-paid funds, contrary to the object, spirit and purpose or the underlying rationale of s. 87(3). While a series of transactions that results in the “double counting” of PUC is not in itself evidence of abuse, this outcome may not be foreclosed in some circumstances. I agree with the Tax Court’s finding that the taxpayer’s “double counting” of PUC was abusive in this case, where the taxpayer structured the transactions so as to “artificially” preserve the PUC in a way that frustrated the purpose of s. 87(3) governing the treatment of PUC upon vertical amalgamation. The sale of VHHC Holdings shares to Big City circumvented the parenthetical words of s. 87(3) and in the context of the series of which it was a part, achieved a result the section was intended to prevent and thus defeated its underlying rationale. The transaction was therefore abusive and the assessment based on application of the GAAR was appropriate.

VI. Conclusion

[128] I would affirm the findings of the Tax Court and Federal Court of Appeal and dismiss the appeal with costs.

APPENDIX A

- I. The companies involved in this case are all controlled by Mr. Li Ka-Shing, and his son, Victor Li (the “Li Family”). They are:
 - a. Copthorne Holdings Ltd. (“Copthorne”). The case involves *three* companies named Copthorne Holdings Ltd. While each has the same name, they are not the same, nor are they the same as the appellant in this Court. The first Copthorne was incorporated under the laws of Ontario

67 401 279 \$, bien qu’elle n’aille pas à l’encontre de la lettre du par. 87(3), est contraire à son objet. L’investissement de fonds libérés d’impôt totalisait 96 736 845 \$. Autoriser l’ajout de 67 401 279 \$ à cette somme permettrait le versement à l’actionnaire, en franchise d’impôt, d’une somme bien supérieure aux fonds libérés d’impôt investis, ce qui se révèle contraire à l’objet ou à l’esprit du par. 87(3), voire à sa raison d’être. La série d’opérations qui donne lieu à la « double comptabilisation » du CV n’établit pas en soi d’abus. Cependant, ce résultat peut ne pas être exclu dans certains cas. Je conviens toutefois avec la juge de la Cour de l’impôt que la « double comptabilisation » du CV est abusive en l’espèce, car le contribuable a eu recours à un montage destiné à la préservation « artificielle » du CV, contrecarrant ainsi l’objectif du par. 87(3), la disposition qui détermine le sort du CV en cas de fusion verticale. La vente des actions de VHHC Holdings à Big City a contourné l’application de l’exception prévue au par. 87(3) et, eu égard à la série d’opérations dans laquelle elle s’inscrivait, elle a produit un résultat que la disposition visait à empêcher, de sorte qu’elle va à l’encontre de la raison d’être du par. 87(3). Il s’ensuit que l’opération était abusive et que la cotisation fondée sur la RGAÉ était valable.

VI. Conclusion

[128] Je suis d’avis de confirmer les conclusions de la Cour canadienne de l’impôt et de la Cour d’appel fédérale, et de rejeter l’appel avec dépens.

ANNEXE A

- I. Les sociétés en cause dans la présente affaire, énumérées ci-après, sont toutes contrôlées par M. Li Ka-Shing et son fils, Victor Li (la « famille Li ») :
 - a. Copthorne Holdings Ltd. (« Copthorne »). *Trois* sociétés appelées Copthorne Holdings Ltd. sont mêlées à l’affaire. Bien que leurs dénominations soient les mêmes, elles diffèrent les unes des autres, ainsi que de l’appelante en l’espèce. La première société Copthorne

- in 1981, with one share owned by Big City. The second and third companies are amalgamated successor companies that continued business using the name Copthorne Holdings Ltd. I refer to the three companies as Copthorne I, II and III. The appellant in this case is actually the product of a third amalgamation that also continued under the same name.
- a été constituée en 1981 sous le régime des lois de l'Ontario; son capital-actions ne comptait qu'une action détenue par Big City. La deuxième et la troisième lui ont succédé par voie de fusion et ont poursuivi leurs activités sous la dénomination Copthorne Holdings Ltd. Je les appelle Copthorne I, II et III. L'appelante résulte en fait d'une troisième fusion et a poursuivi ses activités sous la même dénomination.
- b. VHHC Investments Ltd. (“VHHC Investments”), an Ontario company incorporated in 1987, owned directly and indirectly by Victor Li, son of Li Ka-Shing.
- b. VHHC Investments Ltd. (« VHHC Investments »), une société ontarienne constituée en 1987, appartenant directement et indirectement à Victor Li, le fils de Li Ka-Shing.
- c. VHHC Holdings Ltd. (“VHHC Holdings”), an Ontario corporation incorporated in 1987, initially owned entirely by VHHC Investments.
- c. VHHC Holdings Ltd. (« VHHC Holdings »), une société ontarienne constituée en 1987, dont VHHC Investments détenait au départ toutes les actions.
- d. Big City Project Corporation B.V. (“Big City”), a Netherlands company indirectly controlled by Li Ka-Shing.
- d. Big City Project Corporation B.V. (« Big City »), une société des Pays-Bas contrôlée indirectement par Li Ka-Shing.
- e. Copthorne Overseas Investment Ltd. (“COIL”), a Barbados company incorporated and owned by Copthorne I.
- e. Copthorne Overseas Investment Ltd. (« COIL »), une société constituée à la Barbade par Copthorne I et appartenant à celle-ci.
- f. Asfield B.V. (“Asfield”), a Netherlands company indirectly owned by a trust whose primary beneficiary was Victor Li.
- f. Asfield B.V. (« Asfield »), une société des Pays-Bas dont les actions étaient indirectement détenues par une fiducie dont le principal bénéficiaire était Victor Li.
- g. L.F. Holdings Ltd. (“L.F. Holdings”), a Barbados company controlled by Li Ka-Shing.
- g. L.F. Holdings Ltd. (« L.F. Holdings »), une société constituée à la Barbade et contrôlée par Li Ka-Shing.
- h. VHSUB Holdings Inc. (“VHSUB”), a Canadian company owned by VHHC Holdings.
- h. VHSUB Holdings Inc. (« VHSUB »), une société canadienne appartenant à VHHC Holdings.
- i. Husky Oil Ltd. (“Husky”), a Canadian company owned in part by the Li Family companies that carried on the business of oil and gas production, refining and distribution.
- i. Husky Oil Ltd. (« Husky »), une société canadienne appartenant en partie aux sociétés de la famille Li et qui exerçait des activités de production, de raffinage et de distribution de pétrole et de gaz.

- j. Copthorne International Investment Ltd. (“CIIL”), a British Virgin Islands company incorporated in 1994.
- k. L.F. Investments (Barbados) Ltd. (“L.F. Investments”), a Barbados company incorporated in 1994 by L.F. Holdings.

Background

- II. Copthorne I was first incorporated as an Ontario corporation in 1981. It purchased the Toronto Harbour Castle Hotel in 1981 and sold it in 1989 for a substantial capital gain. Its only share was owned by another company within the Li Family group, Big City.
- III. After selling the hotel, Copthorne I incorporated a new company, COIL. COIL carried on a bond-trading business in Singapore.

The Creation of the VHHC Companies

- IV. In 1987, VHHC Investments was incorporated in Ontario. Victor Li owned the Class A voting common shares, which had a PUC of \$100. He also held 18.75% of the Class B non-voting common shares. The rest of the Class B shares were owned by Asfield, which was indirectly owned by Victor Li.
- V. In 1987, 1988 and 1991, Victor Li, Asfield and L.F. Holdings further invested in shares of VHHC Investments. As a result of these investments the common and preference shares of VHHC Investments had a total PUC of \$96,736,845.
- VI. During this time VHHC Investments in turn used \$67,401,279 of the invested funds to purchase common shares of VHHC Holdings. As a result, the shares of VHHC Holdings had a PUC of \$67,401,279.

The VHHC Companies’ Losses From Husky Investments

- VII. VHHC Holdings, in turn, invested in Husky directly and through a subsidiary, VHSUB.

- j. Copthorne International Investments Ltd. (« CIIL »), une société constituée aux îles Vierges britanniques en 1994.
- k. L.F. Investments (Barbados) Ltd. (« L.F. Investments »), une société constituée à la Barbade en 1994 par L.F. Holdings.

Contexte

- II. Copthorne I a été constituée en Ontario en 1981. Elle a acheté l’hôtel Harbour Castle de Toronto en 1981, et elle l’a vendu en 1989, en réalisant un important gain en capital. Son unique action était la propriété d’une autre société du groupe de la famille Li, Big City.
- III. Après avoir vendu l’hôtel, Copthorne I a constitué une nouvelle société, COIL, qui s’occupait de négociation d’obligations à Singapour.

Création des sociétés VHHC

- IV. En 1987, VHHC Investments a été constituée en Ontario. Victor Li possédait les actions ordinaires de catégorie A comportant droit de vote, dont le CV était de 100 \$. Il détenait aussi 18,75 % des actions ordinaires de catégorie B ne comportant pas de droit de vote. Les autres actions de catégorie B étaient la propriété d’Asfield, dont Victor Li était indirectement propriétaire.
- V. En 1987, 1988 et 1991, Victor Li, Asfield et L.F. Holdings ont acquis d’autres actions de VHHC Investments, ce qui a porté à 96 736 845 \$ le CV total des actions ordinaires et privilégiées de VHHC Investments.
- VI. Pendant ce temps, VHHC Investments a affecté 67 401 279 \$ des fonds investis à l’achat d’actions ordinaires de VHHC Holdings. Le CV des actions de VHHC Holdings était donc de 67 401 279 \$.

Les pertes des sociétés VHHC sur l’investissement dans Husky

- VII. VHHC Holdings a à son tour investi dans Husky à la fois directement et par

By the end of 1991 the Husky shares had lost substantial value, and as a result VHHC Holdings had suffered a substantial capital loss.

l'intermédiaire d'une filiale, VHSUB. À la fin de 1991, les actions de Husky ont perdu beaucoup de valeur, de sorte que VHHC Holdings a subi une perte en capital substantielle.

VHHC Holdings Sold to Copthorne

VIII. In 1992, VHHC Investments sold all of its common shares in VHHC Holdings, which still had a PUC of \$67.4 million to Copthorne I for 1 Class A special share of Copthorne I valued at \$1,000. This was done in order to shift the capital loss from the Husky investment suffered by VHHC Holdings to Copthorne I to shelter the capital gains from the sale of the hotel. As a result of this sale Copthorne I owned the shares in VHHC Holdings, with the \$67.4 million PUC but only a nominal fair market value.

Vente de VHHC Holdings à Copthorne

VIII. En 1992, VHHC Investments a vendu à Copthorne I la totalité de ses actions ordinaires de VHHC Holdings, dont le CV était toujours de 67,4 millions de dollars, en contrepartie d'une action spéciale de catégorie A de Copthorne I d'une valeur de 1 000 \$. Cette opération visait à transférer à Copthorne I la perte en capital afférente à l'investissement dans Husky subie par VHHC Holdings afin de mettre à l'abri de l'impôt le gain en capital réalisé lors de la vente de l'hôtel. À l'issue de cette vente, Copthorne I était propriétaire des actions de VHHC Holdings, dont le CV était de 67,4 millions de dollars, mais dont la juste valeur marchande était symbolique.

The First Series — Amalgamating Copthorne and VHHC Holdings

IX. In 1993, the Li Family decided to amalgamate Copthorne I, VHHC Holdings and two other corporations which it controlled. This was done to simplify the structure of the group of companies and to allow the losses from each of the predecessor corporations' businesses to shelter the profits of others.

X. However, a direct vertical amalgamation of VHHC Holdings and its parent company, Copthorne I, would result in a cancellation of the \$67.4 million PUC in the shares of VHHC Holdings under s. 87(3) of the *Income Tax Act*. To avoid this result, the Li Family decided to engage in a number of transactions to protect the PUC.

XI. In July 1993, Copthorne I sold its VHHC Holdings common shares to Big City, Copthorne I's parent company, for \$1,000. This is referred to as the "1993 Share Sale".

Première série d'opérations — Fusion de Copthorne et de VHHC Holdings

IX. En 1993, la famille Li a décidé de fusionner Copthorne I, VHHC Holdings et deux autres sociétés contrôlées par elle. L'opération visait à simplifier la structure du groupe et à mettre à l'abri de l'impôt les bénéfices des unes grâce aux pertes des autres.

X. Or, une fusion verticale entre VHHC Holdings et sa société mère, Copthorne I, aurait entraîné l'annulation du CV de 67,4 millions de dollars des actions de VHHC Holdings par application du par. 87(3) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. La famille Li a donc décidé d'effectuer diverses opérations pour empêcher l'annulation du CV.

XI. Au mois de juillet 1993, Copthorne I a vendu à sa société mère, Big City, ses actions ordinaires de VHHC Holdings pour la somme de 1 000 \$ (la « vente d'actions de 1993 »),

This meant that any amalgamation between Copthorne I and VHHC Holdings was “horizontal” not “vertical”. This share sale is the transaction that the Minister found was an “avoidance transaction”.

- XII. On January 1, 1994, Copthorne I, VHHC Holdings, and two other corporations amalgamated to form “Copthorne II”. The PUC from the common shares of VHHC Holdings was added to \$1 of PUC from the single common share of Copthorne I, resulting in a total PUC of approximately \$67.4 million distributed evenly between the 20,001,000 common shares of Copthorne II. All of these shares were owned by Big City.
- XIII. Both the 1993 Share Sale and the subsequent amalgamation are agreed to be part of a first series of transactions.

The Second Series — Amalgamating VHHC Investments With Copthorne II

- XIV. In 1994, legislative amendments were proposed to the Foreign Accrual Property Income (“FAPI”) rules of the Act which stood to negatively affect COIL’s business. In response to these proposed changes, the Li Family decided to dispose of some of COIL’s assets.
- XV. A new company, CIIL, was incorporated to purchase the bond-trading business from COIL. A new Barbados company, L.F. Investments, was incorporated to purchase all of the shares of Copthorne II from Big City and VHHC Investments from L.F. Holdings. The two purchased companies were then amalgamated with two other companies to form “Copthorne III”.
- XVI. Upon amalgamation, L.F. Investments received Class D shares of Copthorne III with a PUC that was the sum of the PUC

de sorte que toute fusion entre Copthorne I et VHHC Holdings serait alors « horizontale », et non « verticale ». C’est cette vente d’actions qui, de l’avis du ministre, constitue une « opération d’évitement ».

- XII. Le 1^{er} janvier 1994, Copthorne I, VHHC Holdings et deux autres sociétés ont fusionné pour former « Copthorne II ». Le CV des actions ordinaires de VHHC Holdings s’est additionné au CV de 1 \$ de l’action ordinaire unique de Copthorne I, portant le CV total à environ 67,4 millions de dollars réparti également entre les 20 001 000 actions ordinaires de Copthorne II. Toutes ces actions étaient la propriété de Big City.
- XIII. Les parties reconnaissent que la vente d’actions de 1993 et la fusion subséquente font toutes deux partie de la première série d’opérations.

Deuxième série d’opérations — Fusion de VHHC Investments et de Copthorne II

- XIV. En 1994, un projet de modification législative visant le revenu étranger accumulé, tiré de biens (« RÉATB ») risquait d’avoir des répercussions préjudiciables sur l’entreprise de COIL. La famille Li a alors décidé de se départir de certains éléments d’actifs de COIL.
- XV. Une nouvelle société, CIIL, a été constituée pour faire l’acquisition de l’entreprise de négociation d’obligations de COIL. Une nouvelle société, L.F. Investments, a été constituée à la Barbade pour l’achat de la totalité des actions de Copthorne II détenues par Big City et de celles de VHHC Investments détenues par L.F. Holdings. Les deux sociétés acquises ont alors fusionné avec deux autres sociétés pour former « Copthorne III ».
- XVI. Lors de la fusion, L.F. Investments a reçu des actions de catégorie D de Copthorne III dont le CV représentait la somme du

in the common shares of Copthorne II (approximately \$67.4 million) and the PUC in the common and preferred shares of VHHC Investments (approximately \$96.7 million), for a total PUC of \$164,138,025. This PUC was held in 164,138,025 Class D preference shares each having a PUC of \$1.

CV des actions ordinaires de Copthorne II (environ 67,4 millions de dollars) et du CV des actions ordinaires et privilégiées de VHHC Investments (environ 96,7 millions de dollars), soit 164 138 025 \$. Ce CV était réparti en 164 138 025 actions privilégiées de catégorie D ayant chacune un CV de 1 \$.

The Redemption

- XVII. Copthorne III then redeemed 142,035,895 of its Class D preference shares held by L.F. Investments for \$142,035,895. As the redemption amount was no more than the total PUC in the shares redeemed by Copthorne III, it was not deemed to be a dividend. Nor did the redemption give rise to a capital gain.
- XVIII. Thus, Copthorne did not withhold or remit any tax on behalf of L.F. Investments pursuant to s. 215(1) of the Act.
- XIX. The transactions beginning with the incorporation of CIIL and ending with the redemption are agreed to be part of the second series of transactions.
- XX. On February 1, 2000, the Minister assessed Copthorne for unwithheld tax under the GAAR. He concluded that Copthorne III was liable for unremitted taxes because the PUC in the shares of Copthorne III should have been calculated to be \$96 million, not \$164 million. This amounted to \$8,748,783.40 in tax which Copthorne III had been obligated to withhold and remit on behalf of L.F. Investments. Given that Copthorne had not withheld any tax, the Minister assessed this amount against Copthorne III.

APPENDIX B

Income Tax Act, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.)

245. (1) In this section,

Le rachat

- XVII. Copthorne III a ensuite racheté 142 035 895 de ses actions privilégiées de catégorie D que détenait L.F. Investments, au prix de 142 035 895 \$. Puisque cette contrepartie n'excédait pas le CV total des actions rachetées, elle n'a pas été considérée comme un dividende réputé. Le rachat n'a pas généré non plus un gain en capital.
- XVIII. Copthorne n'a donc pas retenu et remis d'impôt pour le compte de L.F. Investments comme l'exigeait le par. 215(1) de la Loi.
- XIX. Les parties reconnaissent que les opérations allant de la constitution de CIIL au rachat des actions forment la deuxième série d'opérations.
- XX. Le 1^{er} février 2000, le ministre a établi à l'égard de Copthorne, sur le fondement de la RGAÉ, une cotisation pour impôt non retenu. Il estimait que Copthorne III était débitrice de l'impôt non remis, car le CV des actions de Copthorne III aurait dû être de 96 millions de dollars, et non de 164 millions de dollars. L'impôt que Copthorne III aurait dû retenir et remettre pour le compte de L.F. Investments s'élevait à 8 748 783.40 \$. Copthorne III a donc fait l'objet d'une cotisation pour cette différence.

ANNEXE B

Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. 1985, ch. 1 (5^e suppl.)

245. (1) Les définitions qui suivent s'appliquent au présent article.

“tax benefit” means a reduction, avoidance or deferral of tax or other amount payable under this Act or an increase in a refund of tax or other amount under this Act, and includes a reduction, avoidance or deferral of tax or other amount that would be payable under this Act but for a tax treaty or an increase in a refund of tax or other amount under this Act as a result of a tax treaty;

“tax consequences” to a person means the amount of income, taxable income, or taxable income earned in Canada of, tax or other amount payable by or refundable to the person under this Act, or any other amount that is relevant for the purposes of computing that amount;

“transaction” includes an arrangement or event.

(2) [General anti-avoidance provision] Where a transaction is an avoidance transaction, the tax consequences to a person shall be determined as is reasonable in the circumstances in order to deny a tax benefit that, but for this section, would result, directly or indirectly, from that transaction or from a series of transactions that includes that transaction.

(3) [Avoidance transaction] An avoidance transaction means any transaction

(a) that, but for this section, would result, directly or indirectly, in a tax benefit, unless the transaction may reasonably be considered to have been undertaken or arranged primarily for *bona fide* purposes other than to obtain the tax benefit; or

(b) that is part of a series of transactions, which series, but for this section, would result, directly or indirectly, in a tax benefit, unless the transaction may reasonably be considered to have been undertaken or arranged primarily for *bona fide* purposes other than to obtain the tax benefit.

(4) [Application of subsection (2)] Subsection (2) applies to a transaction only if it may reasonably be considered that the transaction

« attribut fiscal » S’agissant des attributs fiscaux d’une personne, revenu, revenu imposable ou revenu imposable gagné au Canada de cette personne, impôt ou autre montant payable par cette personne, ou montant qui lui est remboursable, en application de la présente loi, ainsi que tout montant à prendre en compte pour calculer, en application de la présente loi, le revenu, le revenu imposable, le revenu imposable gagné au Canada de cette personne ou l’impôt ou l’autre montant payable par cette personne ou le montant qui lui est remboursable.

« avantage fiscal » Réduction, évitement ou report d’impôt ou d’un autre montant exigible en application de la présente loi ou augmentation d’un remboursement d’impôt ou d’un autre montant visé par la présente loi. Y sont assimilés la réduction, l’évitement ou le report d’impôt ou d’un autre montant qui serait exigible en application de la présente loi en l’absence d’un traité fiscal ainsi que l’augmentation d’un remboursement d’impôt ou d’un autre montant visé par la présente loi qui découle d’un traité fiscal.

« opération » Sont assimilés à une opération une convention, un mécanisme ou un événement.

(2) [Disposition générale anti-évitement] En cas d’opération d’évitement, les attributs fiscaux d’une personne doivent être déterminés de façon raisonnable dans les circonstances de façon à supprimer un avantage fiscal qui, sans le présent article, découlerait, directement ou indirectement, de cette opération ou d’une série d’opérations dont cette opération fait partie.

(3) [Opération d’évitement] L’opération d’évitement s’entend :

a) soit de l’opération dont, sans le présent article, découlerait, directement ou indirectement, un avantage fiscal, sauf s’il est raisonnable de considérer que l’opération est principalement effectuée pour des objets véritables — l’obtention de l’avantage fiscal n’étant pas considérée comme un objet véritable;

b) soit de l’opération qui fait partie d’une série d’opérations dont, sans le présent article, découlerait, directement ou indirectement, un avantage fiscal, sauf s’il est raisonnable de considérer que l’opération est principalement effectuée pour des objets véritables — l’obtention de l’avantage fiscal n’étant pas considérée comme un objet véritable.

(4) [Application du par. (2)] Le paragraphe (2) ne s’applique qu’à l’opération dont il est raisonnable de considérer, selon le cas :

(a) would, if this Act were read without reference to this section, result directly or indirectly in a misuse of the provisions of any one or more of

- (i) this Act,
- (ii) the *Income Tax Regulations*,
- (iii) the *Income Tax Application Rules*,
- (iv) a tax treaty, or
- (v) any other enactment that is relevant in computing tax or any other amount payable by or refundable to a person under this Act or in determining any amount that is relevant for the purposes of that computation; or

(b) would result directly or indirectly in an abuse having regard to those provisions, other than this section, read as a whole.

(5) [Determination of tax consequences] Without restricting the generality of subsection (2), and notwithstanding any other enactment,

(a) any deduction, exemption or exclusion in computing income, taxable income, taxable income earned in Canada or tax payable or any part thereof may be allowed or disallowed in whole or in part,

(b) any such deduction, exemption or exclusion, any income, loss or other amount or part thereof may be allocated to any person,

(c) the nature of any payment or other amount may be recharacterized, and

(d) the tax effects that would otherwise result from the application of other provisions of this Act may be ignored,

in determining the tax consequences to a person as is reasonable in the circumstances in order to deny a tax benefit that would, but for this section, result, directly or indirectly, from an avoidance transaction.

(a) qu'elle entraînerait, directement ou indirectement, s'il n'était pas tenu compte du présent article, un abus dans l'application des dispositions d'un ou de plusieurs des textes suivants :

- (i) la présente loi,
- (ii) le *Règlement de l'impôt sur le revenu*,
- (iii) les *Règles concernant l'application de l'impôt sur le revenu*,
- (iv) un traité fiscal,
- (v) tout autre texte législatif qui est utile soit pour le calcul d'un impôt ou de toute autre somme exigible ou remboursable sous le régime de la présente loi, soit pour la détermination de toute somme à prendre en compte dans ce calcul;

(b) qu'elle entraînerait, directement ou indirectement, un abus dans l'application de ces dispositions compte non tenu du présent article lues dans leur ensemble.

(5) [Attributs fiscaux à déterminer] Sans préjudice de la portée générale du paragraphe (2) et malgré tout autre texte législatif, dans le cadre de la détermination des attributs fiscaux d'une personne de façon raisonnable dans les circonstances de façon à supprimer l'avantage fiscal qui, sans le présent article, découlerait, directement ou indirectement, d'une opération d'évitement :

(a) toute déduction, exemption ou exclusion dans le calcul de tout ou partie du revenu, du revenu imposable, du revenu imposable gagné au Canada ou de l'impôt payable peut être en totalité ou en partie admise ou refusée;

(b) tout ou partie de cette déduction, exemption ou exclusion ainsi que tout ou partie d'un revenu, d'une perte ou d'un autre montant peuvent être attribués à une personne;

(c) la nature d'un paiement ou d'un autre montant peut être qualifiée autrement;

(d) les effets fiscaux qui découleraient par ailleurs de l'application des autres dispositions de la présente loi peuvent ne pas être pris en compte.

248. . . .

(10) [Series of transactions] For the purposes of this Act, where there is a reference to a series of transactions or events, the series shall be deemed to include any related transactions or events completed in contemplation of the series.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellant: Stikeman Elliott, Montréal.

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

248. . . .

(10) [Série d'opérations] Pour l'application de la présente loi, la mention d'une série d'opérations ou d'événements vaut mention des opérations et événements liés terminés en vue de réaliser la série.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs de l'appelante : Stikeman Elliott, Montréal.

Procureur de l'intimée : Procureur général du Canada, Ottawa.

L.M.P. Appellant

v.

L.S. Respondent

and

Women's Legal Education and Action Fund and Disabled Women's Network Canada *Intervenors*

INDEXED AS: L.M.P. v. L.S.

2011 SCC 64

File No.: 33749.

2011: April 20; 2011: December 21.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Family law — Support — Spousal support — Variation — Material change in circumstances — Court order incorporating terms of separation agreement — Husband applying to reduce and terminate spousal support order on basis of change in his financial circumstances and wife's failure to become self-sufficient since the date of order — What is proper approach to application for variation of spousal support order under s. 17(4.1) of the Divorce Act where support terms of agreement have been incorporated into an order? — Whether approach differs from initial applications for spousal support under s. 15.2 — Divorce Act, R.S.C. 1985, c. 3 (2nd Supp.), ss. 15.2 and 17.

Shortly after the parties married in 1988, the wife was diagnosed with multiple sclerosis and has not worked since then. During the marriage, the husband pursued his career while the wife looked after the household and children. After the parties separated in 2002, they entered into a comprehensive agreement that was incorporated into a court order in 2003. Under its terms, the wife was to receive spousal support in the

L.M.P. Appelante

c.

L.S. Intimé

et

Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes et Réseau d'action des femmes handicapées du Canada *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : L.M.P. c. L.S.

2011 CSC 64

N° du greffe : 33749.

2011 : 20 avril; 2011 : 21 décembre.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit de la famille — Aliments — Pension alimentaire au profit d'un époux — Modification — Changement important dans la situation — Dispositions d'une entente de séparation intégrées dans une ordonnance judiciaire — Demande de réduction et de cessation de la pension alimentaire au profit de l'épouse fondée sur un changement dans la situation financière de l'époux et sur le défaut de l'épouse de devenir autonome depuis la date de l'ordonnance — Quelle approche s'applique, en vertu de l'art. 17(4.1) de la Loi sur le divorce, à l'examen d'une demande de modification d'une ordonnance alimentaire au profit d'un époux à laquelle les dispositions alimentaires d'une entente ont été intégrées? — Cette approche diffère-t-elle de celle requise par l'art. 15.2 lors d'une demande initiale de pension alimentaire au profit d'un époux? — Loi sur le divorce, L.R.C. 1985, ch. 3 (2^e suppl.), art. 15.2 et 17.

Peu de temps après le mariage des parties en 1988, l'épouse a appris qu'elle souffrait de sclérose en plaques et ne travaille plus depuis. Tout au long du mariage, l'époux a poursuivi sa carrière, tandis que l'épouse s'occupait de la maison familiale et des enfants. Après leur séparation en 2002, les parties ont signé un accord global qui a été intégré dans une ordonnance en 2003. L'ordonnance prévoit une pension alimentaire indexée

amount of \$3,688 per month, indexed. The order did not specify a termination date for spousal support. In 2007, the husband brought a variation application under s. 17 of the *Divorce Act* seeking a reduction and, ultimately, a cancellation of spousal support on the grounds that there was a change in his financial circumstances and that the wife should seek employment. The trial judge rejected the husband's claim that his financial circumstances had changed, but concluded that the wife was able to work outside the home. As a result, an order was made reducing, then terminating her spousal support as of August, 2010. The trial judge made no finding about whether there had been a material change of circumstances. The Court of Appeal rejected the wife's appeal, concluding that her failure to become self-sufficient over time gave rise to a material change in circumstances.

Held: The appeal should be allowed and the original 2003 order should be restored.

Per Binnie, LeBel, Deschamps, Abella and Rothstein JJ.: The *Divorce Act* authorizes courts to vary spousal support terms either on an initial application for support under s. 15.2, or on an application to vary an existing court order under s. 17. It authorizes courts to make an initial order which may be at odds with the terms of the agreement if those terms do not comply with the objectives of the Act. The two-stage test outlined in *Miglin v. Miglin*, 2003 SCC 24, [2003] 1 S.C.R. 303, addresses the direction in s. 15.2(4)(c) that on an initial application for support, a court shall consider "any order, agreement or arrangement relating to support of either spouse". Unlike the situation in *Miglin*, however, this appeal concerns an application under s. 17 to vary a spousal support order where there had been a spousal support agreement prior to the s. 15.2 order. Section 17 authorizes a court to vary, rescind or suspend prior orders, defines the factors allowing for variation, and sets out the objectives such a variation should serve. Notably, unlike on an initial application for spousal support under s. 15.2(4)(c), which specifically directs that a court consider "any order, agreement or arrangement relating to support of either spouse", s. 17(4.1) makes no reference to agreements and simply requires that a court be satisfied "that a change in the condition, means, needs or other circumstances of either former spouse has occurred" since the making of the prior order or the last variation. The different language employed by Parliament in ss. 15.2 and 17 was recognized by the majority in *Miglin* as requiring a different approach to initial and variation applications. While the objectives of the variation order are virtually identical in s. 17 to those in s. 15.2 dealing with an initial support order, the factors to be considered in ss. 17(4.1) and

de 3 688 \$ par mois au profit de l'épouse. L'ordonnance ne fixe pas de date de cessation de la pension. En 2007, l'époux a demandé une modification au titre de l'art. 17 de la *Loi sur le divorce*, en vue d'obtenir la réduction et, ultimement, l'annulation de la pension alimentaire au profit de l'épouse, en faisant valoir que sa situation financière avait changé et que l'épouse devait chercher un emploi. La juge du procès n'a pas retenu la prétention de l'époux que sa situation financière avait changé, mais elle a conclu que l'épouse était apte à travailler à l'extérieur du foyer. Par conséquent, elle a ordonné la réduction de la pension, puis sa cessation en août 2010. La juge du procès ne s'est pas prononcée sur la question de savoir si un changement de situation important était survenu. La Cour d'appel a rejeté l'appel de l'épouse, concluant que l'omission de devenir autonome avec le temps a entraîné un changement de situation important.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli et l'ordonnance initiale de 2003 est rétablie.

Les juges Binnie, LeBel, Deschamps, Abella et Rothstein : La *Loi sur le divorce* autorise les tribunaux à modifier les dispositions alimentaires au profit d'un époux, soit lors d'une demande initiale de pension alimentaire en vertu de l'art. 15.2, ou lors d'une demande de modification d'une ordonnance judiciaire existante au titre de l'art. 17. Elle autorise les tribunaux à rendre une ordonnance initiale qui pourrait être incompatible avec les modalités de l'entente, si celles-ci dérogent aux objectifs de la Loi. Le test en deux étapes établi dans *Miglin c. Miglin*, 2003 CSC 24, [2003] 1 R.C.S. 303, s'accorde avec la directive donnée à l'al. 15.2(4)c) selon laquelle, lors d'une demande initiale de pension alimentaire, le tribunal doit prendre en compte « toute ordonnance, toute entente ou tout arrangement alimentaire au profit de l'un ou l'autre des époux ». Toutefois, à la différence de l'affaire *Miglin*, le présent pourvoi concerne une demande présentée en vertu de l'art. 17 en vue de faire modifier une ordonnance alimentaire au profit de l'épouse rendue en vertu de l'art. 15.2 après la conclusion d'une entente alimentaire entre époux. L'article 17 autorise le tribunal à modifier, annuler ou suspendre une ordonnance, énonce les facteurs permettant une modification et précise les objectifs que pareille modification doit viser. Notamment, contrairement à l'al. 15.2(4)c) qui demande expressément au tribunal de tenir compte de « toute ordonnance, toute entente ou tout arrangement alimentaire au profit de l'un ou l'autre des époux » lorsqu'il examine une demande initiale de pension alimentaire, le par. 17(4.1) ne mentionne nullement les ententes et demande simplement au tribunal de s'assurer « qu'il est survenu un changement dans les ressources, les besoins ou, d'une façon générale, la situation de l'un ou l'autre des ex-époux » depuis

15.2(4) are significantly different. Under either s. 15.2 or s. 17, the parties' mutually acceptable agreement is not ignored, but its treatment will be different because of the different purposes of each provision.

The proper approach under s. 17 to the variation of existing orders is found in *Willick v. Willick*, [1994] 3 S.C.R. 670, and *G. (L.) v. B. (G.)*, [1995] 3 S.C.R. 370, where it was held that a court must be satisfied that there has been a material change in circumstances since the making of the prior order or variation, meaning a change that, "if known at the time, would likely have resulted in different terms". The threshold variation question is the same whether or not a spousal support order incorporates an agreement, namely, has a material change of circumstances occurred since the making of the order? The terms of the prior order are presumed to have been in compliance with the objectives of the Act at the time the order was made. A term stating that a specific type of change will — or will not — give rise to a variation, informs the court's application of the *Willick* test. An agreement containing only general terms, such as a general statement of finality, provides little guidance in practice on whether or not a particular event or circumstance was contemplated by the parties or what consequences they would have ascribed to it. Once a material change in circumstances has been established, the variation order should properly reflect that change and the objectives set out in s. 17(7).

In this case, the trial judge erred in conducting a *de novo* hearing on the issue of the wife's ability to work and in concluding that she should become economically self-sufficient without making a finding about whether there had been a material change in the wife's circumstances since the 2003 order. The Court of Appeal also erred in determining that the wife had the capacity to work, and that this, coupled with the passage of time, amounted to a material change of circumstances. Upon examination of the actual circumstances of the parties

l'ordonnance initiale ou sa dernière modification. Les juges majoritaires dans *Miglin* ont reconnu que les termes différents utilisés par le législateur aux art. 15.2 et 17 commandent une approche différente relativement à une demande initiale et à une demande de modification. Bien que les objectifs d'une ordonnance modificative prévue à l'art. 17 soient presque identiques à ceux d'une ordonnance alimentaire initiale prévue à l'art. 15.2, les facteurs à prendre en compte énumérés aux par. 17(4.1) et 15.2(4) sont nettement différents. Lorsque les parties ont conclu une entente mutuellement acceptable, il n'en est fait abstraction ni pour l'application de l'art. 15.2, ni pour celle de l'art. 17, mais elle ne sera pas considérée de la même façon, compte tenu de leurs objets différents.

La démarche requise par l'art. 17 pour la modification d'une ordonnance existante est celle retenue dans *Willick c. Willick*, [1994] 3 R.C.S. 670, et dans *G. (L.) c. B. (G.)*, [1995] 3 R.C.S. 370, où la Cour a conclu que le tribunal doit être convaincu qu'il est survenu un changement de situation important depuis le prononcé de l'ordonnance initiale ou modificative antérieure, c'est-à-dire un changement qui, « s'il avait été connu à l'époque, se serait vraisemblablement traduit par des dispositions différentes ». Le critère préliminaire pour la modification d'une ordonnance alimentaire demeure le même, qu'une entente y soit incorporée ou non : est-il survenu un changement de situation important depuis que l'ordonnance a été rendue? Il est présumé que les dispositions de l'ordonnance initiale étaient conformes aux objectifs de la Loi, au moment où elle a été rendue. Une disposition énonçant qu'un type de changement précis justifiera — ou ne justifiera pas — une modification influence l'application par le tribunal du test établi dans *Willick*. Une entente contenant uniquement des stipulations générales, comme une affirmation générale de son caractère définitif, n'est guère utile en pratique pour déterminer si les parties ont envisagé un événement ou une circonstance en particulier ou quelles conséquences elles lui auraient attribuées. Une fois qu'un changement de situation important est établi, l'ordonnance modificative doit refléter correctement ce changement et les objectifs énumérés au par. 17(7).

En l'espèce, la juge du procès a fait erreur en examinant *de novo* l'aptitude de l'épouse au travail et en concluant qu'elle devrait acquérir son autonomie financière sans tirer de conclusion sur la survenance d'un changement important dans la situation de l'épouse depuis l'ordonnance de 2003. La Cour d'appel a également fait erreur en concluant à l'aptitude de l'épouse au travail et que ce fait, conjugué au temps écoulé, était assimilable à un changement de situation important. L'examen de la situation des parties au moment où

at the time the order was made and the terms of the order, it is apparent that there has been no material change of circumstances since the making of the order and that there was therefore no basis on which to vary it under s. 17(4.1). At the time of the order, the wife had multiple sclerosis and was not expected to seek employment outside the home. There has been no material change in circumstances since that time.

Per McLachlin C.J. and Cromwell J.: When, as here, parties have reached a comprehensive, final separation agreement and its provisions are incorporated into a court order, those provisions must be given considerable weight in a subsequent variation application in relation to spousal support, in accordance with principles established in *Miglin*. The agreement plays a central role on an application to vary and the *Miglin* principles are highly relevant to this exercise. In order to meet the threshold for variation under s. 17 of the *Divorce Act*, a court must satisfy itself that a “material change” in the condition, means, needs or other circumstances of either former spouse has occurred since the making of the spousal support order. In order to be “material” a change must be one that: (1) relates to something that was not either expressly addressed by the parties in the agreement or that cannot be taken as having been in their contemplation; and (2) results in the support provision, considered in the context of the entire agreement, no longer being in substantial compliance with the objectives of the Act as a whole. *Miglin* directs that *all* of the objectives of the Act and the broader objectives of finality, certainty and autonomy must be considered.

Once the terms of a final agreement are incorporated into a court order, they are assumed to have met the statutory requirements at the time and the correctness of that order is not reviewed during the variation proceeding. While the court has discretion with respect to variation and is not strictly bound by the terms of the parties’ agreement, that agreement is an “important factor” in exercising the discretionary power to vary. *Miglin* affirmed that unimpeachably negotiated agreements should receive considerable weight provided that they represent the intentions and expectations of the parties and substantially comply with the objectives of the *Divorce Act*. This principle applies equally to a variation application as to an initial application for spousal support. Moreover, the statutory objectives of ss. 15.2 and 17(4.1) are virtually identical and any “differences in language” are very minor and provide no foundation

l’ordonnance a été rendue et des dispositions de cette dernière révèle qu’il n’est survenu aucun changement de situation important depuis le prononcé de l’ordonnance et qu’il n’existait donc aucune raison de la modifier en vertu du par. 17(4.1). L’épouse avait la sclérose en plaques au moment de l’ordonnance et on ne s’attendait pas à ce qu’elle cherche un emploi à l’extérieur du foyer. Il n’est survenu aucun changement de situation important depuis.

La juge en chef McLachlin et le juge Cromwell : Dans le cas où, comme en l’espèce, un accord de séparation global et définitif a été conclu et les dispositions de cet accord ont été intégrées à une ordonnance judiciaire, il faut accorder une importance considérable à ces dispositions lors d’une demande subséquente de modification de la pension alimentaire au profit d’un époux, conformément aux principes établis dans *Miglin*. L’accord joue un rôle crucial dans le contexte d’une demande de modification et les principes établis dans *Miglin* sont très pertinents pour son examen. Pour qu’il soit satisfait au critère préliminaire applicable à une modification en vertu de l’art. 17 de la *Loi sur le divorce*, le tribunal s’assure qu’il est survenu un « changement important » dans les ressources, les besoins ou, d’une façon générale, la situation de l’un ou l’autre des ex-époux depuis que l’ordonnance alimentaire au profit d’un époux a été rendue. Un changement n’est « important » que s’il (1) concerne un élément dont les parties n’ont pas traité expressément dans l’accord ou qu’elles ne peuvent être présumées avoir envisagé; et (2) fait en sorte que l’ordonnance alimentaire, considérée dans le contexte de l’accord complet, n’est plus conforme pour l’essentiel aux objectifs de la Loi dans son ensemble. *Miglin* précise qu’il faut prendre en considération *tous* les objectifs de la Loi et les objectifs plus larges du règlement définitif, de la certitude et de l’autonomie.

Une fois les modalités d’un accord définitif intégrées dans une ordonnance judiciaire, il faut présumer qu’elles répondaient aux exigences de la loi à l’époque, et le tribunal ne contrôle pas la justesse de l’ordonnance durant l’instance en modification. Bien que le tribunal dispose d’un pouvoir discrétionnaire relativement à la modification et qu’il ne soit pas strictement lié par les modalités de l’accord entre les parties, cet accord constitue un « facteur important » dans l’exercice du pouvoir discrétionnaire de modification. Selon *Miglin*, il faut donner beaucoup de poids à une entente négociée de façon irréprochable, pourvu qu’elle reflète les volontés et les attentes des parties et soit conforme pour l’essentiel aux objectifs de la *Loi sur le divorce*. Ce principe s’applique tout autant à une demande de modification qu’à une demande initiale de pension alimentaire au profit d’un époux. En outre, les objectifs de

for keeping the analyses under these two provisions “distinct” in relation to the weight to be given to the parties’ agreement. While the “change” threshold specified in s. 17 does not apply to initial orders under s. 15.2, this difference in the statutory language provides no basis for the conclusion that the weight to be given the parties’ agreement is different on variation applications than on initial applications, as a careful reading of *Miglin* bears out. Rather, the parties’ agreement is critical evidence of what they actually or ought reasonably to be taken to have contemplated at the time. On an application to vary a support order that incorporates support provisions of the parties’ comprehensive, final separation agreement under s. 17, the court must balance the goal of preserving autonomy and certainty with ensuring the support arrangements are in substantial compliance with the overall objectives of the Act. If a material change is identified, the agreement is also to be considered in determining what variation is justified. Judges making variation orders under s. 17 should limit themselves to making the appropriate variation and should not make a fresh order unrelated to the existing one.

Here, the Court of Appeal erred in finding that there had been a material change since the making of the spousal support order that would justify a variation. The parties reached a comprehensive agreement that they intended would be a final settlement of all of the outstanding issues between them. As it provided for spousal support that was not time-limited or subject to any review mechanism and was indexed, the fact that the wife would not seek employment outside the home cannot be viewed as a circumstance that departed from the reasonable outcomes anticipated by the parties in framing the agreement.

Cases Cited

By Abella and Rothstein JJ.

Applied: *Willick v. Willick*, [1994] 3 S.C.R. 670; *G. (L.) v. B. (G.)*, [1995] 3 S.C.R. 370; **considered:** *Miglin v. Miglin*, 2003 SCC 24, [2003] 1 S.C.R. 303; **distinguished:** *Pelech v. Pelech*, [1987] 1 S.C.R. 801; *Richardson v. Richardson*, [1987] 1 S.C.R. 857; *Caron v. Caron*, [1987] 1 S.C.R. 892; **referred to:** *Moge v.*

*l'art. 15.2 et du par. 17(4.1) sont presque identiques et les « différences dans leur libellé » sont très minimes et ne justifient pas que les analyses effectuées pour l'application de ces deux dispositions demeurent « distinctes » en ce qui concerne le poids à donner à l'accord entre les parties. Bien que le critère préliminaire du « changement » prévu à l'art. 17 ne s'applique pas aux ordonnances initiales régies par l'art. 15.2, une lecture attentive de l'arrêt *Miglin* révèle que les termes différents utilisés par le législateur ne permettent pas de conclure que le poids à attribuer à l'accord intervenu entre les parties diffère, selon qu'il s'agit d'une demande de modification ou d'une demande initiale. L'accord entre les parties constitue plutôt une preuve cruciale de ce qu'elles ont effectivement envisagé ou de ce qu'elles doivent raisonnablement être présumées avoir envisagé à l'époque. Pour trancher, en vertu de l'art. 17, une demande de modification d'une ordonnance incorporant les dispositions alimentaires de l'accord de séparation global et définitif entre les parties, le tribunal doit trouver un juste équilibre entre, d'une part, l'objectif de préserver l'autonomie et la certitude et, d'autre part, la nécessité de s'assurer que les arrangements alimentaires sont conformes pour l'essentiel aux objectifs généraux de la Loi. Si l'on constate un changement important, on doit aussi tenir compte de l'accord pour déterminer quelle modification s'impose. Les juges qui rendent des ordonnances modificatives en vertu de l'art. 17 doivent se limiter à apporter la modification qui s'impose et non rendre une nouvelle ordonnance totalement distincte de l'ordonnance existante.*

En l'espèce, la Cour d'appel a commis une erreur en concluant qu'il était survenu, depuis le prononcé de l'ordonnance alimentaire au profit de l'épouse, un changement important qui justifiait une modification. Les parties ont conclu un accord global visant à régler de manière définitive toutes les questions qui les opposaient. Comme il prévoyait une pension alimentaire indexée au profit de l'épouse, sans en limiter la durée ni l'assujettir à un processus de révision quelconque, on ne peut considérer que l'omission de l'épouse de chercher un emploi représente un écart important par rapport à la gamme des résultats raisonnables qu'anticipaient les parties lorsqu'elles ont rédigé l'accord.

Jurisprudence

Citée par les juges Abella et Rothstein

Arrêts appliqués : *Willick c. Willick*, [1994] 3 R.C.S. 670; *G. (L.) c. B. (G.)*, [1995] 3 R.C.S. 370; **arrêt examiné :** *Miglin c. Miglin*, 2003 CSC 24, [2003] 1 R.C.S. 303; **distinction d'avec les arrêts :** *Pelech c. Pelech*, [1987] 1 R.C.S. 801; *Richardson c. Richardson*, [1987] 1 R.C.S. 857; *Caron c. Caron*, [1987] 1 R.C.S. 892;

Moge, [1992] 3 S.C.R. 813; *Marinangeli v. Marinangeli* (2003), 66 O.R. (3d) 40; *P. (S.) v. P. (R.)*, 2011 ONCA 336, 332 D.L.R. (4th) 385; *Leskun v. Leskun*, 2006 SCC 25, [2006] 1 S.C.R. 920; *Hickey v. Hickey*, [1999] 2 S.C.R. 518.

By Cromwell J.

Applied: *Miglin v. Miglin*, 2003 SCC 24, [2003] 1 S.C.R. 303; **considered:** *Willick v. Willick*, [1994] 3 S.C.R. 670; *G. (L.) v. B. (G.)*, [1995] 3 S.C.R. 370; **distinguished:** *Pelech v. Pelech*, [1987] 1 S.C.R. 801; *Richardson v. Richardson*, [1987] 1 S.C.R. 857; *Caron v. Caron*, [1987] 1 S.C.R. 892; **referred to:** *Oakley v. Oakley* (1985), 48 R.F.L. (2d) 307; *Kehler v. Kehler*, 2003 MBCA 88, 177 Man. R. (2d) 135; *L. (H.) v. L. (M.H.)*, 2003 BCCA 484, 19 B.C.L.R. (4th) 327; *Ambler v. Ambler*, 2004 BCCA 492, 5 R.F.L. (6th) 229; *Spencer v. Spencer*, 2005 SKQB 116, 261 Sask. R. 150; *Turpin v. Clark*, 2009 BCCA 530, 4 B.C.L.R. (5th) 48; *Droit de la famille — 103038*, 2010 QCCA 2074, [2010] R.D.F. 647; *Templeton v. Templeton*, 2005 ABCA 133, 363 A.R. 392; *Kemp v. Kemp*, [2007] O.J. No. 1131 (QL); *Stones v. Stones*, 2004 BCCA 99, 195 B.C.A.C. 41; *Innes v. Innes* (2005), 199 O.A.C. 69.

Statutes and Regulations Cited

Divorce Act, R.S.C. 1985, c. 3 (2nd Supp.), ss. 15.2 [ad. S.C. 1997, c. 1, s. 2], 17.

Authors Cited

D-Castelli, Mireille, et Dominique Goubau. *Le droit de la famille au Québec*, 5^e éd. Québec: Presses de l'Université Laval, 2005.

Hovius, Berend, and Mary-Jo Maur. *Hovius on Family Law: Cases, Notes and Materials*, 7th ed. Toronto: Carswell, 2009.

McLeod, James G. Annotation to *Ambler v. Ambler* (2004), 5 R.F.L. (6th) 229.

McLeod, James G. Annotation to *Dolson v. Dolson* (2004), 7 R.F.L. (6th) 25.

Mnookin, Robert H. "Divorce Bargaining: The Limits on Private Ordering" (1985), 18 *U. Mich. J.L. Ref.* 1015.

Payne, Julien D., and Marilyn A. Payne. *Canadian Family Law*, 3rd ed. Toronto: Irwin Law, 2008.

Pineau, Jean, et Marie Pratte. *La famille*. Montréal: Thémis, 2006.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Rochon, Morissette and Hilton J.J.A.), 2010 QCCA 793 (CanLII), SOQUIJ AZ-50629973, [2010] Q.J. No. 3531 (QL), 2010 CarswellQue 15612,

arrêts mentionnés : *Moge c. Moge*, [1992] 3 R.C.S. 813; *Marinangeli c. Marinangeli* (2003), 66 O.R. (3d) 40; *P. (S.) c. P. (R.)*, 2011 ONCA 336, 332 D.L.R. (4th) 385; *Leskun c. Leskun*, 2006 CSC 25, [2006] 1 R.C.S. 920; *Hickey c. Hickey*, [1999] 2 R.C.S. 518.

Citée par le juge Cromwell

Arrêt appliqué : *Miglin c. Miglin*, 2003 CSC 24, [2003] 1 R.C.S. 303; **arrêt examiné :** *Willick c. Willick*, [1994] 3 R.C.S. 670; *G. (L.) c. B. (G.)*, [1995] 3 R.C.S. 370; **distinction d'avec les arrêts :** *Pelech c. Pelech*, [1987] 1 R.C.S. 801; *Richardson c. Richardson*, [1987] 1 R.C.S. 857; *Caron c. Caron*, [1987] 1 R.C.S. 892; **arrêts mentionnés :** *Oakley c. Oakley* (1985), 48 R.F.L. (2d) 307; *Kehler c. Kehler*, 2003 MBCA 88, 177 Man. R. (2d) 135; *L. (H.) c. L. (M.H.)*, 2003 BCCA 484, 19 B.C.L.R. (4th) 327; *Ambler c. Ambler*, 2004 BCCA 492, 5 R.F.L. (6th) 229; *Spencer c. Spencer*, 2005 SKQB 116, 261 Sask. R. 150; *Turpin c. Clark*, 2009 BCCA 530, 4 B.C.L.R. (5th) 48; *Droit de la famille — 103038*, 2010 QCCA 2074, [2010] R.D.F. 647; *Templeton c. Templeton*, 2005 ABCA 133, 363 A.R. 392; *Kemp c. Kemp*, [2007] O.J. No. 1131 (QL); *Stones c. Stones*, 2004 BCCA 99, 195 B.C.A.C. 41; *Innes c. Innes* (2005), 199 O.A.C. 69.

Lois et règlements cités

Loi sur le divorce, L.R.C. 1985, ch. 3 (2^e suppl.), art. 15.2 [aj. L.C. 1997, ch. 1, art. 2], 17.

Doctrine citée

D-Castelli, Mireille, et Dominique Goubau. *Le droit de la famille au Québec*, 5^e éd. Québec: Presses de l'Université Laval, 2005.

Hovius, Berend, and Mary-Jo Maur. *Hovius on Family Law: Cases, Notes and Materials*, 7th ed. Toronto: Carswell, 2009.

McLeod, James G. Annotation to *Ambler v. Ambler* (2004), 5 R.F.L. (6th) 229.

McLeod, James G. Annotation to *Dolson v. Dolson* (2004), 7 R.F.L. (6th) 25.

Mnookin, Robert H. « Divorce Bargaining: The Limits on Private Ordering » (1985), 18 *U. Mich. J.L. Ref.* 1015.

Payne, Julien D., and Marilyn A. Payne. *Canadian Family Law*, 3rd ed. Toronto: Irwin Law, 2008.

Pineau, Jean, et Marie Pratte. *La famille*. Montréal: Thémis, 2006.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (les juges Rochon, Morissette et Hilton), 2010 QCCA 793 (CanLII), SOQUIJ AZ-50629973, [2010] J.Q. n° 3531 (QL), 2010 CarswellQue 3636,

affirming in part a decision of Courteau J., 2009 QCCS 3389 (CanLII), SOQUIJ AZ-50567722, [2009] Q.J. No. 7617 (QL), 2009 CarswellQue 7646. Appeal allowed.

Miriam Grassby and Sylvie Leduc, for the appellant.

Donald Devine and Tamar Ajamian, for the respondent.

Anne-France Goldwater and Robert Leckey, for the interveners.

The judgment of Binnie, LeBel, Deschamps, Abella and Rothstein JJ. was delivered by

ABELLA AND ROTHSTEIN JJ. —

Introduction

[1] This appeal concerns a cross-application by L.S. to vary a court order dated May 13, 2003, requiring him to pay spousal support to his former wife, L.M.P. The question before us is how to approach an application for variation of a spousal support order under s. 17(4.1) of the *Divorce Act*, R.S.C. 1985, c. 3 (2nd Supp.), where the support terms of an agreement have been incorporated into the order. It also requires us to consider if the approach differs from initial applications for spousal support under s. 15.2.

[2] The wife asks this Court to overturn the decision of the trial court and Quebec Court of Appeal, which had varied the amount of support in the original 2003 order and held that the husband's support obligations would cease as of August 31, 2010. The trial and appeal courts accepted the husband's argument that spousal support should be terminated because the wife is capable of working and has an obligation to become self-sufficient.

qui a confirmé en partie une décision de la juge Courteau, 2009 QCCS 3389 (CanLII), SOQUIJ AZ-50567722, [2009] Q.J. No. 7617 (QL), 2009 CarswellQue 7646. Pourvoi accueilli.

Miriam Grassby et Sylvie Leduc, pour l'appelante.

Donald Devine et Tamar Ajamian, pour l'intimé.

Anne-France Goldwater et Robert Leckey, pour les intervenants.

Version française du jugement des juges Binnie, LeBel, Deschamps, Abella et Rothstein rendu par

LES JUGES ABELLA ET ROTHSTEIN —

Introduction

[1] Le pourvoi concerne une demande reconventionnelle présentée par L.S. en vue de faire modifier une ordonnance judiciaire, datée du 13 mai 2003, l'obligeant à verser une pension alimentaire à son ex-épouse, L.M.P. Nous sommes appelés à déterminer comment doit être examinée une demande de modification d'une ordonnance alimentaire au profit d'un époux en vertu du par. 17(4.1) de la *Loi sur le divorce*, L.R.C. 1985, ch. 3 (2^e suppl.), lorsque les dispositions alimentaires d'une entente ont été intégrées dans l'ordonnance. Nous devons aussi nous demander si cet examen doit différer de celui d'une demande initiale de pension alimentaire au profit d'un époux présentée en vertu de l'art. 15.2.

[2] L'épouse demande à notre Cour d'annuler les décisions du tribunal de première instance et de la Cour d'appel du Québec, qui ont modifié le montant de la pension fixé dans l'ordonnance initiale de 2003 et décidé que les obligations alimentaires de l'époux prendraient fin le 31 août 2010. Le tribunal de première instance et la cour d'appel ont retenu l'argument de l'époux que le versement de la pension alimentaire devait cesser parce que l'épouse est en mesure de travailler et a l'obligation de devenir autonome.

[3] For the reasons that follow, we would allow the appeal. We agree with the wife that there has been no material change of circumstance since the order was made and that there was therefore no basis on which to vary it under s. 17(4.1) of the *Divorce Act*.

Background

[4] Shortly after the parties married in 1988, the wife learned that she had multiple sclerosis. The husband was at all times aware of her condition, both during and after their marriage. The wife has not worked since her diagnosis, and has been receiving permanent disability benefits from her former employer's health insurance plan. Throughout the marriage the husband pursued his career outside the home, while the wife looked after the household and children. The parties separated in April 2002 and were divorced on May 13, 2003.

[5] On April 30, 2003, the parties entered into a "Consent to Judgment on Provisional Measures and Accessory Measures". Each was represented by counsel when they entered into this comprehensive agreement dealing with the issues arising from their separation. The order dated May 13, 2003, incorporated the agreement. Among its terms, the order included a provision for indexed spousal support payable by the husband to the wife in the initial amount of \$3,688 per month.

[6] The preamble to the order states that the parties took into account the criteria set out in s. 15.2(4) of the *Divorce Act* and those set out in s. 15.2(6). The order does not specify a termination date for the payment of spousal support, nor does it make any reference to the wife seeking employment.

Judicial History

[7] The present dispute arose in 2007 when the wife applied under s. 17 of the *Divorce Act* to vary the order, seeking a retroactive and prospective increase of child support in accordance with the

[3] Pour les motifs exposés ci-après, nous sommes d'avis d'accueillir le pourvoi. Nous estimons, comme l'épouse, qu'il n'est survenu aucun changement de situation important depuis le prononcé de l'ordonnance et qu'il n'existait donc aucune raison de la modifier en vertu du par. 17(4.1) de la *Loi sur le divorce*.

Contexte

[4] Peu de temps après le mariage des parties en 1988, l'épouse a appris qu'elle souffrait de sclérose en plaques. L'époux a toujours été conscient de l'état de santé de son épouse, pendant et après leur mariage. L'épouse ne travaille plus depuis son diagnostic et reçoit des prestations d'invalidité permanente du régime d'assurance-maladie de son ancien employeur. Tout au long du mariage, l'époux a poursuivi sa carrière à l'extérieur du foyer, tandis que l'épouse s'occupait de la maison familiale et des enfants. Les parties se sont séparées en avril 2002 et ont divorcé le 13 mai 2003.

[5] Le 30 avril 2003, les parties ont signé un [TRANSLATION] « Consentement à jugement sur les mesures temporaires et les mesures accessoires ». Elles étaient toutes deux représentées par un avocat lorsqu'elles ont signé cet accord global sur les questions découlant de leur séparation. L'accord a été intégré à l'ordonnance datée du 13 mai 2003. L'ordonnance prévoit notamment une pension alimentaire indexée d'un montant initial de 3 688 \$ par mois, payable par l'époux au profit de l'épouse.

[6] Le préambule de l'ordonnance mentionne que les parties ont tenu compte des critères énumérés aux par. 15.2(4) et 15.2(6) de la *Loi sur le divorce*. L'ordonnance ne fixe pas de date de cessation de la pension alimentaire au profit de l'épouse et ne fait aucune allusion à la recherche d'un emploi par l'épouse.

Historique judiciaire

[7] Le litige a pris naissance en 2007 lorsque l'épouse a demandé, en vertu de l'art. 17 de la *Loi sur le divorce*, une modification de l'ordonnance afin d'obtenir une augmentation rétroactive et

Quebec Child Support Guidelines. In response, the husband brought a motion to vary, also under s. 17 of the *Divorce Act*, seeking both a reduction and, ultimately, a cancellation of spousal support on the grounds that there was a change in his own financial circumstances. This argument was rejected by the trial judge. The husband also argued that the wife was able to work outside the home and ought to make efforts to find employment. He did not argue that this was a change since the time of the original order, but rather appears to have argued that the wife was always capable of working outside the home, even during the marriage.

[8] The trial judge, Courteau J., stated that the task before her was to “determine if [the wife] is able to work outside the home and if she should attempt to do so”. Both parties led expert evidence with respect to the wife’s ability to work. The wife’s expert was of the view that she was unable to work; the husband’s expert came to the opposite conclusion. The trial judge found that the experts agreed that “there has been little or no progression of the illness since the initial episodes, 19 years ago”. She also concluded that the wife’s condition was not as serious as she made it out to be. She was therefore able to work outside the home. The trial judge made no finding about whether this represented a material change of circumstance.

[9] Despite the absence of such a finding, the trial judge reduced spousal support from \$4,294.48 per month to \$3,000 per month from July 23, 2009, until February 28, 2010. A further reduction to \$2,000 per month was ordered from March 1, 2010, until August 31, 2010. No spousal support was ordered after that date. The trial judge ordered that if the wife wanted spousal support after that date, she would have the burden of showing the court what efforts she had made to seek employment.

prospective de la pension alimentaire pour enfants conformément aux lignes directrices québécoises sur les pensions alimentaires pour enfants. En réponse, l’époux a présenté une requête en modification, également au titre de l’art. 17 de la *Loi sur le divorce*, dans laquelle il demandait la réduction et, ultimement, l’annulation de la pension alimentaire au profit de l’épouse en invoquant un changement de sa propre situation financière. La juge du procès a rejeté ce moyen. L’époux a aussi soutenu que l’épouse était apte à travailler à l’extérieur du foyer et qu’elle devait s’efforcer de trouver un emploi. Il ne prétendait pas qu’il s’agissait d’un changement survenu depuis le prononcé de l’ordonnance initiale, mais semble plutôt avoir soutenu que l’épouse avait toujours été en mesure de travailler à l’extérieur du foyer, même durant le mariage.

[8] La juge du procès, la juge Courteau, a dit que sa tâche consistait à [TRADUCTION] « décider si [l’épouse] est en mesure de travailler à l’extérieur du foyer et si elle devrait tenter de le faire ». Les deux parties ont présenté une preuve d’expert quant à l’aptitude de l’épouse au travail. L’expert retenu par l’épouse était d’avis qu’elle ne pouvait pas travailler, alors que l’expert retenu par l’époux est arrivé à la conclusion contraire. La juge du procès a constaté que les experts s’entendaient pour dire que la maladie « a peu ou pas progressé depuis ses premières manifestations il y a 19 ans ». Elle a aussi conclu que l’état de l’épouse n’était pas aussi grave que cette dernière le prétendait. Elle était donc apte à travailler à l’extérieur du foyer. La juge du procès ne s’est pas prononcée sur la question de savoir si cela constituait un changement de situation important.

[9] Bien qu’elle n’ait pas tiré de conclusion à cet égard, la juge du procès a réduit la pension alimentaire de 4 294,48 \$ à 3 000 \$ par mois pour la période du 23 juillet 2009 au 28 février 2010, puis à 2 000 \$ par mois du 1^{er} mars au 31 août 2010. La juge du procès n’a ordonné le versement d’aucune pension alimentaire après cette date et elle a décidé que, si l’épouse souhaitait recevoir une pension alimentaire par la suite, il lui incomberait d’expliquer à la cour quelles mesures elle avait prises pour trouver un emploi.

[10] The wife appealed, arguing that the trial judge erred in varying spousal support without having found a material change of circumstance as required by s. 17 of the *Divorce Act*. Writing for a unanimous court, Rochon J.A. rejected the wife's appeal and ruled that even if the trial judge had not explicitly mentioned the existence of a material change, her approach respected the requirements of s. 17. He accepted the trial judge's finding that the wife was able to work and concluded that there was no basis for interfering with it.

[11] Rochon J.A. also held that the passage of time, accompanied by a failure to become (or to attempt to become) self-sufficient can give rise to a material change of circumstances. The absence of a time limitation in the support agreement incorporated into the order could not relieve the payee of her obligation to become self-sufficient.

[12] As a result, a material change of circumstance could be inferred and the trial judge had made no error when she reduced and terminated the spousal support.

[13] Even though he dismissed the wife's appeal, Rochon J.A. nonetheless concluded that the trial judge's second reduction in support (to \$2,000 per month) should not have been ordered. In his view, a reduction to \$3,000 per month until the termination of support on August 31, 2010, was appropriate.

Analysis

[14] For sound policy reasons, family law permits and encourages separating spouses to work out their own arrangements through the use of separation agreements (Berend Hovius and Mary-Jo Maur, *Hovius on Family Law: Cases, Notes and Materials* (7th ed. 2009), at p. 783). Agreements are desirable because individuals should largely be free to order their lives as they wish; because "the parties themselves are in the best position to evaluate the comparative advantages of alternative arrangements"; and because a negotiated settlement avoids

[10] L'épouse s'est pourvue en appel, prétendant que la juge du procès avait commis une erreur en modifiant sa pension alimentaire sans avoir constaté un changement de situation important comme l'exige l'art. 17 de la *Loi sur le divorce*. Dans un jugement unanime, le juge Rochon a rejeté l'appel de l'épouse et décidé que l'analyse de la juge du procès respectait l'art. 17, même si elle n'avait pas mentionné explicitement l'existence d'un changement important. Il a retenu la conclusion de la juge du procès que l'épouse était apte au travail et a estimé qu'il n'y avait aucune raison de la modifier.

[11] Le juge Rochon a aussi affirmé que le temps écoulé, conjugué à l'omission de devenir (ou de tenter de devenir) autonome, peut entraîner un changement de situation important. Le fait que l'entente intégrée à l'ordonnance ne fixait aucune date pour la cessation de la pension alimentaire ne pouvait pas dispenser la créancière de son obligation de devenir autonome.

[12] Il était donc possible de conclure à un changement de situation important et la juge du procès n'avait pas commis d'erreur en ordonnant la réduction, puis la cessation de la pension alimentaire au profit de l'épouse.

[13] Bien qu'il ait rejeté l'appel de l'épouse, le juge Rochon a estimé que la juge du procès n'aurait pas dû ordonner la deuxième réduction de la pension alimentaire (à 2 000 \$ par mois). À son avis, il convenait de la réduire à 3 000 \$ par mois jusqu'à sa cessation le 31 août 2010.

Analyse

[14] Pour des raisons de principe judicieuses, le droit de la famille autorise et encourage les époux en instance de séparation à fixer eux-mêmes les modalités de leur séparation en signant un accord de séparation (Berend Hovius et Mary-Jo Maur, *Hovius on Family Law : Cases, Notes and Materials* (7^e éd. 2009), p. 783). Les accords sont souhaitables parce que les personnes devraient jouir d'une grande liberté pour organiser leur vie comme elles l'entendent; parce que [TRADUCTION] « les parties elles-mêmes sont mieux placées pour comparer les

the significant personal and financial costs of litigation (Robert H. Mnookin, “Divorce Bargaining: The Limits on Private Ordering” (1985), 18 *U. Mich. J.L. Ref.* 1015, at pp. 1018-19).

[15] At the same time, contract law principles are not rigidly applied in the family law context. Because a separation may result in dramatic life changes and emotional stress, Parliament has decided through the *Divorce Act* that these circumstances give rise to the possibility that the ability of separating spouses to realistically and objectively assess their current and future needs and preferences can be impaired. It also goes without saying that the economic terms of spousal support agreements can affect third parties, such as the children of the relationship. For these reasons, the *Divorce Act* authorizes courts to vary the spousal support terms, either on an initial application for support under s. 15.2, or on an application to vary an existing court order under s. 17, whether or not that order incorporates a spousal support agreement.

[16] Under the 1968 *Divorce Act*, spousal support agreements, while not immune from variation by the courts, were not easily disturbed. This limited approach found expression in the *Pelech* trilogy which reflected the self-sufficiency and “clean break” theories of spousal support then prevailing, emphasized finality and certainty, and required that there be a radical change in circumstances that is causally connected to the marriage before the terms of an agreement could be varied (*Pelech v. Pelech*, [1987] 1 S.C.R. 801, *Richardson v. Richardson*, [1987] 1 S.C.R. 857, and *Caron v. Caron*, [1987] 1 S.C.R. 892).

[17] The replacement of the 1968 legislation with the 1985 *Divorce Act* led this Court in *Moge v. Moge*, [1992] 3 S.C.R. 813, to reject the clean break

avantages de différentes modalités »; enfin, parce qu’un règlement négocié permet d’éviter les coûts personnels et financiers élevés d’un litige (Robert H. Mnookin, « Divorce Bargaining : The Limits on Private Ordering » (1985), 18 *U. Mich. J.L. Ref.* 1015, p. 1018-1019).

[15] En revanche, les principes du droit des contrats ne sont pas appliqués avec rigidité dans le contexte du droit de la famille. Comme la séparation peut entraîner des changements de vie radicaux et un grand stress émotionnel, le législateur a jugé, en édictant la *Loi sur le divorce*, que ces circonstances risquent d’entraver la capacité des époux en instance de séparation d’évaluer, de façon réaliste et objective, leurs besoins et préférences actuels et à venir. Il va également sans dire que les dispositions économiques des ententes alimentaires entre époux peuvent avoir des répercussions sur des tiers, comme les enfants du couple. C’est pourquoi la *Loi sur le divorce* autorise les tribunaux à modifier les dispositions alimentaires au profit d’un époux, soit lors d’une demande initiale de pension alimentaire présentée en vertu de l’art. 15.2, ou lors d’une demande de modification d’une ordonnance judiciaire au titre de l’art. 17, qu’une entente alimentaire entre époux soit intégrée ou non dans cette ordonnance.

[16] Sous le régime de la *Loi sur le divorce* de 1968, les ententes alimentaires entre époux pouvaient être modifiées par les tribunaux seulement dans des circonstances limitées. Cette approche restrictive a trouvé son expression dans la trilogie *Pelech* qui illustre les théories de l’autonomie et de la « rupture nette » appliquées à l’époque dans les ordonnances alimentaires en faveur d’un époux, mettait l’accent sur le caractère définitif du règlement et sur la sécurité juridique et exigeait un changement radical de circonstances découlant du mariage pour qu’une entente soit modifiée (*Pelech c. Pelech*, [1987] 1 R.C.S. 801, *Richardson c. Richardson*, [1987] 1 R.C.S. 857, et *Caron c. Caron*, [1987] 1 R.C.S. 892).

[17] Le remplacement de la loi de 1968 par la *Loi sur le divorce* de 1985 a amené notre Cour, dans *Moge c. Moge*, [1992] 3 R.C.S. 813, à rejeter la

theory of support that underlay the decisions in the *Pelech* trilogy. This revised conceptual framework for support led this Court in *Miglin v. Miglin*, 2003 SCC 24, [2003] 1 S.C.R. 303, to reject the narrow *Pelech* standard of allowing a variation from a spousal support agreement only in circumstances where a radical change connected to the marriage could be shown.

[18] Bastarache and Arbour JJ., for the majority in *Miglin*, acknowledged the importance of taking a fairly negotiated agreement into account:

... we believe that a fairly negotiated agreement that represents the intentions and expectations of the parties and that complies substantially with the objectives of the *Divorce Act* as a whole should receive considerable weight. [para. 4]

But they adopted a less exacting threshold for when courts could vary spousal support agreements in an initial application for support under s. 15.2 than had prevailed under the *Pelech* trilogy, concluding that its strict standard was no longer applicable and was “not appropriate in the current statutory context” (paras. 47 and 89). The new test they delineated required instead that the applicant “clearly show that, in light of the new circumstances, the terms of the agreement no longer reflect the parties’ intentions at the time of execution and the objectives of the Act” (para. 88).

[19] Significantly, the Court also concluded that “the importance given to self-sufficiency and a ‘clean break’ in the jurisprudence relying on the [*Pelech*] trilogy is not only incompatible with the new Act, but too often fails to accord with the realities faced by many divorcing couples” (para. 39). The *Divorce Act*, they therefore concluded, creates a statutory override in s. 15.2 which authorizes courts to make an initial order which may be at odds with the terms of the agreement if those terms do not comply with the objectives of the Act.

théorie de la rupture nette pour l’octroi d’aliments qui avait servi de fondement à ses décisions dans la trilogie *Pelech*. Ce nouveau cadre conceptuel l’a en outre amenée à rejeter, dans *Miglin c. Miglin*, 2003 CSC 24, [2003] 1 R.C.S. 303, la norme étroite établie dans *Pelech* qui ne permettait de modifier une entente alimentaire entre époux que lorsque l’existence d’un changement radical découlant du mariage pouvait être démontrée.

[18] S’exprimant au nom des juges majoritaires dans *Miglin*, les juges Bastarache et Arbour ont reconnu en ces termes l’importance de tenir compte d’une convention équitablement négociée :

... nous pensons qu’il faut accorder beaucoup de poids à une convention équitablement négociée qui reflète les volontés et les attentes des parties et qui est conforme pour l’essentiel aux objectifs de la *Loi sur le divorce* dans son ensemble. [par. 4]

Ils ont cependant adopté un critère moins strict que celui établi dans la trilogie *Pelech* pour déterminer quand les tribunaux peuvent modifier une entente alimentaire entre époux sur présentation d’une demande initiale de pension alimentaire en vertu de l’art. 15.2, concluant que la norme stricte établie dans cette trilogie ne trouve plus application et « ne s’applique pas au contexte législatif actuel » (par. 47 et 89). Le nouveau test qu’ils ont établi obligeait plutôt le requérant à « démontrer clairement que, compte tenu des nouvelles circonstances, les modalités de l’accord ne traduisent plus ce qu’était la volonté des parties au moment où il a été conclu, ni les objectifs de la Loi » (par. 88).

[19] Fait important à signaler, la Cour a aussi conclu qu’« en plus d’être incompatible avec la nouvelle loi, l’importance que la jurisprudence fondée sur la trilogie [*Pelech*] accorde à l’autonomie et à la “rupture nette” correspond trop peu souvent aux réalités auxquelles font face de nombreux couples qui divorcent » (par. 39). La Cour a donc conclu que la *Loi sur le divorce* crée, à l’art. 15.2, la possibilité d’écarter une entente, en autorisant les tribunaux à rendre une ordonnance initiale qui pourrait être incompatible avec les modalités de l’entente, si celles-ci dérogent aux objectifs de la Loi.

[20] In order to balance the parties' intentions with the objectives of the *Divorce Act*, the Court in *Miglin* outlined a two-stage test for initial support orders under s. 15.2. The first step examines the process leading to and the substance of the agreement. The second requires a determination of "the extent to which enforcement of the agreement still reflects the original intention of the parties and the extent to which it is still in substantial compliance with the objectives of the Act" (para. 87). This addresses the direction in s. 15.2(4)(c) of the *Divorce Act* that on an *initial* application for support, among other factors, a court shall consider "any order, agreement or arrangement relating to support of either spouse".

Section 17 Variation

[21] This brings us to the role of such agreements under s. 17 of the Act. Unlike the question that confronted the Court in *Miglin*, this appeal concerns an application under s. 17 of the *Divorce Act* to vary an existing spousal support order where there had been a spousal support agreement prior to the section 15.2 order. Section 17 authorizes a court to vary, rescind or suspend prior orders (s. 17(1)), defines the factors allowing for variation (s. 17(4.1)) and sets out the objectives such a variation should serve (s. 17(7)). These provisions state:

17. (1) A court of competent jurisdiction may make an order varying, rescinding or suspending, prospectively or retroactively,

(a) a support order or any provision thereof on application by either or both former spouses; or

(b) a custody order or any provision thereof on application by either or both former spouses or by any other person.

. . .

(4.1) [Factors for spousal support order] Before the court makes a variation order in respect of a spousal

[20] Pour concilier les intentions des parties et les objectifs de la *Loi sur le divorce*, la Cour a établi, dans *Miglin*, un test en deux étapes applicable aux ordonnances alimentaires initiales visées à l'art. 15.2. La première étape consiste à examiner le processus ayant mené à la conclusion de l'entente et le contenu de cette dernière. À la deuxième étape, il faut déterminer « dans quelle mesure l'application de l'accord reflète encore les intentions initiales des parties et la mesure dans laquelle l'accord est toujours conforme pour l'essentiel aux objectifs de la Loi » (par. 87). Ce critère s'accorde avec la directive donnée à l'al. 15.2(4)c) de la *Loi sur le divorce* selon laquelle, lors d'une demande *initiale* de pension alimentaire, le tribunal doit prendre en compte, entre autres facteurs, « toute ordonnance, toute entente ou tout arrangement alimentaire au profit de l'un ou l'autre des époux ».

Modification en vertu de l'art. 17

[21] Cela nous amène au rôle que jouent les ententes de cette nature pour l'application de l'art. 17 de la Loi. À la différence de l'affaire *Miglin*, le présent pourvoi concerne une demande présentée en vertu de l'art. 17 de la *Loi sur le divorce*, en vue de faire modifier une ordonnance alimentaire rendue en vertu de l'art. 15.2 après la conclusion d'une entente alimentaire entre époux. L'article 17 autorise le tribunal à modifier, annuler ou suspendre une ordonnance (par. 17(1)), énonce les facteurs permettant une modification (par. 17(4.1)) et précise les objectifs que pareille modification doit viser (par. 17(7)). Ces dispositions sont libellées comme suit :

17. (1) Le tribunal compétent peut rendre une ordonnance qui modifie, suspend ou annule, rétroactivement ou pour l'avenir :

a) une ordonnance alimentaire ou telle de ses dispositions, sur demande des ex-époux ou de l'un d'eux;

b) une ordonnance de garde ou telle de ses dispositions, sur demande des ex-époux ou de l'un d'eux ou de toute autre personne.

. . .

(4.1) [Facteurs — ordonnance alimentaire au profit d'un époux] Avant de rendre une ordonnance

support order, the court shall satisfy itself that a change in the condition, means, needs or other circumstances of either former spouse has occurred since the making of the spousal support order or the last variation order made in respect of that order, and, in making the variation order, the court shall take that change into consideration.

(7) A variation order varying a spousal support order should

- (a) recognize any economic advantages or disadvantages to the former spouses arising from the marriage or its breakdown;
- (b) apportion between the former spouses any financial consequences arising from the care of any child of the marriage over and above any obligation for the support of any child of the marriage;
- (c) relieve any economic hardship of the former spouses arising from the breakdown of the marriage; and
- (d) in so far as practicable, promote the economic self-sufficiency of each former spouse within a reasonable period of time.

[22] While the *objectives* of the variation order are virtually identical in s. 17 to those in s. 15.2 dealing with an initial support order, the *factors* to be considered in ss. 17(4.1) and 15.2(4) are significantly different. Section 17(4.1) sets out “a change in the . . . circumstances” of the parties as the sole factor. On initial support orders, on the other hand, the factors are as follows:

15.2 . . .

(4) In making an order under subsection (1) [for spousal support] or an interim order under subsection (2), the court shall take into consideration the condition, means, needs and other circumstances of each spouse, including

- (a) the length of time the spouses cohabited;
- (b) the functions performed by each spouse during cohabitation; and
- (c) any order, agreement or arrangement relating to support of either spouse.

modificative de l’ordonnance alimentaire au profit d’un époux, le tribunal s’assure qu’il est survenu un changement dans les ressources, les besoins ou, d’une façon générale, la situation de l’un ou l’autre des ex-époux depuis que cette ordonnance ou la dernière ordonnance modificative de celle-ci a été rendue et tient compte du changement en rendant l’ordonnance modificative.

(7) L’ordonnance modificative de l’ordonnance alimentaire au profit d’un époux vise :

- a) à prendre en compte les avantages ou inconvénients économiques qui découlent pour les ex-époux du mariage ou de son échec;
- b) à répartir entre eux les conséquences économiques qui découlent du soin de tout enfant à charge, en sus de toute obligation alimentaire relative à tout enfant à charge;
- c) à remédier à toute difficulté économique que l’échec du mariage leur cause;
- d) à favoriser, dans la mesure du possible, l’indépendance économique de chacun [des époux] dans un délai raisonnable.

[22] Bien que les *objectifs* d’une ordonnance modificative prévue à l’art. 17 soient presque identiques à ceux d’une ordonnance initiale de pension alimentaire prévue à l’art. 15.2, les *facteurs* à prendre en compte énumérés aux par. 17(4.1) et 15.2(4) sont nettement différents. L’unique facteur mentionné au par. 17(4.1) est « un changement dans [. . .] la situation » de l’un ou l’autre des ex-époux. Or, une ordonnance initiale doit tenir compte des facteurs suivants :

15.2 . . .

(4) En rendant une ordonnance ou une ordonnance provisoire au titre du présent article, le tribunal tient compte des ressources, des besoins et, d’une façon générale, de la situation de chaque époux, y compris :

- a) la durée de la cohabitation des époux;
- b) les fonctions qu’ils ont remplies au cours de celle-ci;
- c) toute ordonnance, toute entente ou tout arrangement alimentaire au profit de l’un ou l’autre des époux.

[23] In other words, there are differences between what a court is directed to consider in making an initial support order and on a variation of that order. Notably, unlike on an initial application for spousal support under s. 15.2(4)(c), which specifically directs that a court consider “any order, agreement or arrangement relating to support of either spouse”, s. 17(4.1) makes no reference to agreements and simply requires that a court be satisfied “that a change in the condition, means, needs or other circumstances of either former spouse has occurred” since the making of the prior order or the last variation of that order. Because of these differences in language, it is important to keep the s. 15.2 and s. 17 analyses distinct.

[24] On an application under s. 15.2, the court is expressly concerned with the extent to which the terms of an existing agreement should be incorporated into a first court order for support. On an application under s. 17, on the other hand, the court must determine whether to vary or rescind that support order because of a change in the parties’ circumstances.

[25] Contrary to what our colleague Cromwell J. suggests, the majority in *Miglin* recognized that the different language employed by Parliament in ss. 15.2 and 17 required a different approach to initial and variation applications. At para. 61, Bastarache and Arbour JJ. state:

We disagree . . . with [the] importation of the “material change” test developed for s. 17 of the Act (see *Willick* [[1994] 3 S.C.R. 670]) into s. 15.2 in respect of pre-existing agreements. As we noted earlier, the statutory language simply does not support this. Whereas s. 17 of the Act directs the court to satisfy itself that a change has occurred, s. 15.2 respecting initial support applications does not. Rather, s. 15.2(4) requires the court to consider the length of cohabitation, the roles of the parties during the marriage, and any orders,

[23] En d’autres termes, les directives données au tribunal quant aux éléments qu’il doit prendre en considération sont différentes selon qu’il rend une ordonnance initiale ou une ordonnance modificative. Notamment, contrairement à l’al. 15.2(4)c qui demande expressément au tribunal de tenir compte de « toute ordonnance, toute entente ou tout arrangement alimentaire au profit de l’un ou l’autre des époux » lorsqu’il examine une demande initiale de pension alimentaire, le par. 17(4.1) ne mentionne nullement les ententes et demande simplement au tribunal de s’assurer « qu’il est survenu un changement dans les ressources, les besoins ou, d’une façon générale, la situation de l’un ou l’autre des ex-époux » depuis l’ordonnance initiale ou sa dernière modification. Compte tenu de ces différences dans leur libellé, il est important de procéder à des analyses distinctes pour l’application des art. 15.2 et 17.

[24] Le tribunal saisi d’une demande en vertu de l’art. 15.2 se demande expressément dans quelle mesure les dispositions d’une entente existante doivent être intégrées dans une première ordonnance alimentaire. Par contre, pour trancher une demande présentée en vertu de l’art. 17, le tribunal doit déterminer s’il y a lieu de modifier ou d’annuler cette ordonnance alimentaire en raison d’un changement dans la situation des parties.

[25] Contrairement à ce qu’avance notre collègue, le juge Cromwell, les juges majoritaires dans *Miglin* ont reconnu que les termes différents utilisés par le législateur aux art. 15.2 et 17 commandent une approche différente relativement à une demande initiale et à une demande de modification. Voici ce qu’ont écrit les juges Bastarache et Arbour, au par. 61 :

. . . nous ne sommes pas d’accord [. . .] pour introduire dans l’art. 15.2, lorsqu’il s’agit d’accords antérieurs, le critère du « changement important » développé pour l’art. 17 de la Loi (voir *Willick* [[1994] 3 R.C.S. 670]). Comme nous le notons précédemment, cette interprétation n’est tout simplement pas étayée par le libellé de la loi. L’article 17 de la Loi impose au tribunal de s’assurer qu’il est survenu un changement, alors qu’il n’en est rien pour l’art. 15.2 en matière de demandes initiales de pension alimentaire. Le paragraphe 15.2(4) exige plutôt

agreements or arrangements. This explicit direction cannot be avoided, cast, as it is, in mandatory language.

[26] We recognize that some confusion has arisen with respect to the treatment of support agreements under s. 17 based on the majority's suggestion at para. 91 of *Miglin* in *obiter* that

it would be inconsistent if a different test applied to change an agreement in the form of an initial order under s. 15.2 and to variation of an agreement incorporated into an order under s. 17.

[27] In our respectful view, the reference to consistency between orders under ss. 15.2 and 17 referred to at para. 91 of *Miglin* is best understood by the explanation given at para. 62 of *Miglin*:

As we shall explain below, consistency between treatment of consensual agreements incorporated into orders and those that are not is achieved another way. It is achieved when judges making variation orders under s. 17 limit themselves to making the appropriate variation, but do not weigh all the factors to make a fresh order unrelated to the existing one, unless the circumstances require the rescission, rather than a mere variation of the order.

Where the parties entered into a mutually acceptable agreement, the agreement is not ignored under either s. 15.2 or s. 17. However, its treatment will be different because of the different purposes of each provision.

[28] The approach developed in *Miglin*, then, was responsive to the specific statutory directions of s. 15.2 of the *Divorce Act* and should not be imported into the analysis under s. 17.

A. *The Threshold for Variation*

[29] In determining whether the conditions for variation exist, the threshold that must be met

du tribunal qu'il tienne compte de la durée de la cohabitation, des fonctions que les parties ont remplies au cours du mariage, et de toute ordonnance, toute entente ou tout arrangement. On ne peut se soustraire à cette directive explicite dont le libellé est impératif.

[26] Nous sommes conscients qu'il règne, au sujet du traitement à réserver aux ententes alimentaires sous le régime de l'art. 17, une certaine confusion suscitée par la remarque incidente suivante des juges majoritaires, au par. 91 de l'arrêt *Miglin* :

... il serait illogique d'appliquer un critère différent pour la modification d'un accord dans le cadre d'une ordonnance initiale au titre de l'art. 15.2 et pour la modification d'un accord incorporé dans une ordonnance au titre de l'art. 17.

[27] Nous estimons, en toute déférence, que l'explication donnée au par. 62 de l'arrêt *Miglin* permet de mieux comprendre la remarque figurant au par. 91 concernant la cohérence entre les ordonnances prévues aux art. 15.2 et 17 :

Comme nous le verrons, il y a une autre façon d'assurer le traitement cohérent des ententes consensuelles, qu'elles soient incorporées dans des ordonnances ou non. Il s'agit, pour les juges qui rendent des ordonnances modificatives en vertu de l'art. 17, de se limiter à apporter les modifications qui s'imposent, sans soulever l'ensemble des facteurs en vue de rendre une nouvelle ordonnance totalement distincte de l'ordonnance existante, à moins que les circonstances n'en requièrent l'annulation plutôt que la simple modification.

Lorsque les parties ont conclu une entente mutuellement acceptable, il n'est fait abstraction de cette entente ni pour l'application de l'art. 15.2, ni pour celle de l'art. 17. Elle ne sera toutefois pas considérée de la même façon, compte tenu des objets différents de chacun de ces articles.

[28] La démarche proposée dans *Miglin* correspondait donc aux directives précises données à l'art. 15.2 de la *Loi sur le divorce* et ne doit pas être transposée dans l'analyse effectuée pour l'application de l'art. 17.

A. *Le critère préliminaire pour la modification d'une ordonnance*

[29] Le critère préliminaire auquel il doit être satisfait, lorsqu'il s'agit de déterminer si le tribunal

before a court may vary a prior spousal support order is articulated in s. 17(4.1). A court must consider whether there has been a change in the conditions, means, needs or other circumstances of either former spouse *since the making of the spousal support order*.

[30] In our view, the proper approach under s. 17 to the variation of existing orders is found in *Willick v. Willick*, [1994] 3 S.C.R. 670, and *G. (L.) v. B. (G.)*, [1995] 3 S.C.R. 370. Like the order at issue in this case, *Willick* (dealing with child support) and *G. (L.)* (dealing with spousal support) involved court orders which had incorporated provisions of separation agreements. Both cases were decided under s. 17(4) of the *Divorce Act*, the predecessor provision to s. 17(4.1).

[31] *Willick* described the proper analysis as requiring a court to “determine first, whether the conditions for variation exist and if they do exist what variation of the existing order ought to be made in light of the change in circumstances” (p. 688). In determining whether the conditions for variation exist, the court must be satisfied that there has been a change of circumstance since the making of the prior order or variation. The onus is on the party seeking a variation to establish such a change.

[32] That “change of circumstances”, the majority of the Court concluded in *Willick*, had to be a “material” one, meaning a change that, “if known at the time, would likely have resulted in different terms” (p. 688). *G. (L.)* confirmed that this threshold also applied to spousal support variations.

[33] The focus of the analysis is on the prior order and the circumstances in which it was made. *Willick* clarifies that a court ought not to consider the correctness of that order, nor is it to be

peut modifier une ordonnance alimentaire antérieure au profit d’un époux, est énoncé au par. 17(4.1). Le tribunal doit vérifier s’il est survenu un changement dans les ressources, les besoins ou, d’une façon générale, la situation de l’un ou l’autre des ex-époux *depuis que cette ordonnance a été rendue*.

[30] Selon nous, la démarche requise par l’art. 17 pour la modification d’une ordonnance existante est celle retenue dans *Willick c. Willick*, [1994] 3 R.C.S. 670, et dans *G. (L.) c. B. (G.)*, [1995] 3 R.C.S. 370. À l’instar de l’ordonnance en cause dans la présente affaire, les ordonnances dont il était question dans les affaires *Willick* (pension alimentaire pour enfant) et *G. (L.)* (pension alimentaire au profit d’un époux) incorporaient des dispositions d’accords de séparation. Ces deux affaires ont été tranchées sous le régime du par. 17(4) de la *Loi sur le divorce*, dont est issu le nouveau par. 17(4.1).

[31] Selon l’arrêt *Willick*, l’analyse appropriée consiste à « déterminer d’abord si les conditions de la modification existent et, si tel est le cas, décider des modifications à apporter à l’ordonnance existante compte tenu du changement survenu » (p. 688). Pour décider que ces conditions existent, le tribunal doit être convaincu que la situation a changé depuis le prononcé de l’ordonnance initiale ou modificative antérieure. Il incombe à la partie qui demande la modification d’établir qu’un tel changement s’est produit.

[32] Selon ce qu’ont conclu les juges majoritaires de la Cour dans *Willick*, ce « changement de situation » doit être « important », c’est-à-dire un changement qui, « s’il avait été connu à l’époque, se serait vraisemblablement traduit par des dispositions différentes » (p. 688). L’arrêt *G. (L.)* a confirmé que ce critère préliminaire s’appliquait aussi à la modification d’une pension alimentaire au profit d’un époux.

[33] L’analyse est centrée sur l’ordonnance antérieure et les circonstances dans lesquelles elle a été rendue. L’arrêt *Willick* précise que le tribunal ne devrait pas examiner la justesse de cette

departed from lightly (p. 687). The test is whether any given change “would likely have resulted in different terms” to the order. It is presumed that the judge who granted the initial order knew and applied the law, and that, accordingly, the prior support order met the objectives set out in s. 15.2(6). In this way, the *Willick* approach to variation applications requires appropriate deference to the terms of the prior order, whether or not that order incorporates an agreement.

[34] The decisions in *Willick* and *G. (L.)* also make it clear that what amounts to a material change will depend on the actual circumstances of the parties at the time of the order.

[35] In general, a material change must have some degree of continuity, and not merely be a temporary set of circumstances (see *Marinangeli v. Marinangeli* (2003), 66 O.R. (3d) 40, at para. 49). Certain other factors can assist a court in determining whether a particular change is material. The subsequent conduct of the parties, for example, may provide indications as to whether they considered a particular change to be material (see MacPherson J.A., dissenting in part, in *P. (S.) v. P. (R.)*, 2011 ONCA 336, 332 D.L.R. (4th) 385, at paras. 54 and 63).

[36] The threshold variation question is the same whether or not a spousal support order incorporates an agreement: Has a material change of circumstances occurred since the making of the order? (See *Willick*; *G. (L.)*; *Leskun v. Leskun*, 2006 SCC 25, [2006] 1 S.C.R. 920.)

[37] This does not mean that the incorporated agreement is irrelevant. As Sopinka J. observed in *Willick*, “Where . . . the agreement is embodied in the judgment of the court, it is necessary to consider what additional effect is to be accorded to this fact” (p. 687).

ordonnance, ni la modifier à la légère (p. 687). Le critère consiste à déterminer si un changement donné « se serait vraisemblablement traduit par des dispositions différentes » dans l’ordonnance. Il faut présumer que le juge qui a rendu l’ordonnance initiale connaissait le droit et l’a appliqué, et que cette ordonnance répondait aux objectifs énoncés au par. 15.2(6). Ainsi, l’analyse des demandes de modification proposée dans *Willick* accorde la déférence voulue aux dispositions de l’ordonnance antérieure, qu’une entente y ait été intégrée ou non.

[34] En outre, les arrêts *Willick* et *G. (L.)* indiquent sans équivoque que ce qui constitue un changement important dépend de la situation réelle des parties au moment de l’ordonnance.

[35] En règle générale, un changement important doit avoir une certaine continuité et ne pas être simplement temporaire (voir *Marinangeli c. Marinangeli* (2003), 66 O.R. (3d) 40, par. 49). Certains autres facteurs peuvent aider le tribunal à établir si un changement particulier est important. Par exemple, la conduite subséquente des parties peut fournir des indications quant à savoir si un changement particulier leur paraissait important (voir les motifs du juge MacPherson, dissident en partie, dans *P. (S.) c. P. (R.)*, 2011 ONCA 336, 332 D.L.R. (4th) 385, par. 54 et 63).

[36] Le critère préliminaire pour la modification d’une ordonnance alimentaire demeure le même, qu’une entente y soit incorporée ou non : Est-il survenu un changement de situation important depuis que l’ordonnance a été rendue? (Voir *Willick*; *G. (L.)*; *Leskun c. Leskun*, 2006 CSC 25, [2006] 1 R.C.S. 920.)

[37] Cela ne signifie pas que l’entente intégrée dans l’ordonnance soit hors de propos. Comme l’a souligné le juge Sopinka dans *Willick*, « [d]ans le cas où [. . .] la convention est incorporée dans le jugement du tribunal, il est nécessaire d’examiner s’il y a lieu d’accorder à ce fait un effet additionnel » (p. 687).

[38] The agreement may address future circumstances and predetermine who will bear the risk of any changes that might occur. And it may well specifically provide that a contemplated future event will or will not amount to a material change.

[39] Parties may either contemplate that a specific type of change will or will not give rise to variation. When a given change is specified in the agreement incorporated into the order as giving rise to, or not giving rise to, variation (either expressly or by necessary implication), the answer to the *Willick* question may well be found in the terms of the order itself. That is, the parties, through their agreement, which has already received prior judicial approval, have provided the answer to the *Willick* inquiry required to determine if a material change has occurred under s. 17(4.1). Even significant changes may not be material for the purposes of s. 17(4.1) if they were actually contemplated by the parties by the terms of the order at the time of the order. The degree of specificity with which the terms of the order provide for a particular change is evidence of whether the parties or court contemplated the situation raised on an application for variation, and whether the order was intended to capture the particular changed circumstances. Courts should give effect to these intentions, bearing in mind that the agreement was incorporated into a court order, and that the terms can therefore be presumed, as of that time, to have been in compliance with the objectives of the *Divorce Act* when the order was made.

[40] Alternatively, an agreement incorporated into an order may include a general provision stating that it is subject to variation upon a material change of circumstances, such as the agreement and subsequent order in *Hickey v. Hickey*, [1999] 2 S.C.R. 518. In such a case, the agreement incorporated into the s. 15.2 order does not expressly give the court any additional information as to whether a particular change would have resulted in different terms if known at the time of that order. The presence of such a provision will require a court to

[38] Il arrive que l'entente tienne compte de circonstances futures et désigne la personne qui devra assumer le risque d'un changement éventuel. L'entente peut fort bien prévoir expressément qu'un événement futur donné constituera ou non un changement important.

[39] Les parties peuvent prévoir qu'un changement précis entraînera ou non une modification. Quand l'entente intégrée dans l'ordonnance prévoit (expressément ou par déduction nécessaire) qu'un certain changement justifiera ou non une modification, il est possible que la réponse à la question posée dans *Willick* se trouve dans les dispositions de l'ordonnance elle-même. Autrement dit, dans leur entente déjà approuvée par le tribunal, les parties ont répondu à la question énoncée dans *Willick*, qui sert à déterminer s'il est survenu un changement important au sens du par. 17(4.1). Même un changement notable peut ne pas répondre au critère du « changement important » pour l'application du par. 17(4.1), si les parties l'ont envisagé dans les dispositions intégrées dans l'ordonnance au moment où elle a été rendue. La précision avec laquelle les dispositions de l'ordonnance prévoient un changement en particulier indique si les parties ou le tribunal ont envisagé la situation évoquée dans la demande de modification et si l'ordonnance était censée viser ce changement de situation. Le tribunal devrait donner effet à l'intention manifestée, en n'oubliant pas que l'entente a été intégrée dans une ordonnance judiciaire et qu'il est donc possible de présumer que ses dispositions étaient conformes aux objectifs de la *Loi sur le divorce* au moment où l'ordonnance a été rendue.

[40] Il se peut aussi qu'une entente intégrée dans une ordonnance comprenne une disposition générale selon laquelle elle peut être modifiée s'il survient un changement de situation important, comme le prévoyaient l'entente et l'ordonnance subséquente dans l'affaire *Hickey c. Hickey*, [1999] 2 R.C.S. 518. En pareil cas, l'entente intégrée dans l'ordonnance rendue en vertu de l'art. 15.2 ne fournit pas expressément au tribunal d'information supplémentaire sur la question de savoir si un changement précis se serait traduit par des dispositions différentes s'il

examine the terms of the s. 15.2 order and the circumstances of the parties at the time that order was entered into to determine what amounts to a material change.

[41] Finally, an agreement incorporated into a s. 15.2 order may simply include a general term providing that it is final, or finality may be necessarily implied. But even where an agreement incorporated into an order includes a term providing that it is final, the court's jurisdiction under s. 17 cannot be ousted (*Miglin; G. (L.); Leskun*). A provision indicating that the order is final merely states the obvious: the order of the court is final *subject to* s. 17 of the *Divorce Act*. Courts will always apply the *Willick* inquiry to determine if a material change of circumstances exists.

[42] Ultimately, courts are tasked with determining if a material change of circumstances has occurred so as to justify a variation of a s. 15.2 order under s. 17. The analysis is always grounded in the actual circumstances of the parties and the terms of the s. 15.2 order; what meaning a court will give any general statement of finality found in an order will be a question to be resolved on that basis. As we have explained, in some situations, the agreement incorporated into the order may help shape what is meant by a "material change of circumstances". Where a s. 15.2 order deals with a specific change, it assists courts by answering the *Willick* inquiry through its terms. Conversely, when the order is general, or simply purports to be final, these less specific terms provide less assistance to courts in answering the *Willick* inquiry. Sometimes, in such cases, the circumstances of the parties may be such that courts will give little weight to a general statement of finality and conclude that a material change exists. However, at other times, in such cases, the circumstances of the parties may also be such that the courts will give

avait été connu au moment du prononcé de cette ordonnance. En présence d'une telle disposition, le tribunal devra examiner les autres dispositions de l'ordonnance rendue en vertu de l'art. 15.2 et la situation des parties au moment où cette ordonnance a été prononcée pour déterminer ce qui constitue un changement important.

[41] Enfin, il arrive qu'une entente intégrée dans une ordonnance rendue en vertu de l'art. 15.2 contienne simplement une disposition générale selon laquelle elle est définitive ou que son caractère définitif doit être inféré par déduction nécessaire. Il est toutefois impossible d'écarter le pouvoir conféré au tribunal par l'art. 17, même dans le cas où l'entente intégrée dans une ordonnance stipule qu'elle constitue un règlement définitif (*Miglin; G. (L.); Leskun*). Pareille stipulation ne fait qu'énoncer une évidence : l'ordonnance judiciaire est définitive *sous réserve* de l'art. 17 de la *Loi sur le divorce*. Les tribunaux procéderont toujours à l'analyse décrite dans *Willick* pour déterminer s'il est survenu un changement de situation important.

[42] C'est aux tribunaux qu'il revient en définitive de décider s'il est survenu un changement de situation important qui justifie, au titre de l'art. 17, la modification d'une ordonnance rendue en vertu de l'art. 15.2. Cette analyse est toujours axée sur la situation réelle des parties et les dispositions de l'ordonnance rendue en vertu de l'art. 15.2, qui doivent également guider le tribunal dans son interprétation d'une stipulation générale de règlement définitif. Comme nous l'avons expliqué, il arrive parfois que l'entente entre les parties intégrée dans l'ordonnance aide à circonscrire ce que l'on entend par un « changement de situation important ». L'ordonnance rendue en vertu de l'art. 15.2 qui traite d'un changement précis aide les tribunaux en répondant par ses termes mêmes à la question posée dans *Willick*. À l'inverse, une ordonnance qui est très générale ou se veut simplement définitive est moins utile aux tribunaux lorsqu'il s'agit de répondre à la question énoncée dans *Willick*. Parfois, en pareil cas, la situation des parties amène les tribunaux à accorder peu de poids à une affirmation générale du caractère définitif du règlement et à conclure à

effect to a general statement of finality and conclude that a material change does not exist.

[43] An example is the simple case of a young couple who were only married a few months and who ended their marriage on essentially equal terms. A general statement of finality in an agreement incorporated into an order, coupled with these circumstances, should be given weight by a court conducting the *Willick* inquiry.

[44] In sum, it bears repeating that the threshold question under s. 17, whether or not there is an agreement, is the one Sopinka J. described in *Willick*, namely:

In deciding whether the conditions for variation exist, it is common ground that the change must be a material change of circumstances. This means a change, such that, if known at the time, would likely have resulted in different terms. The corollary to this is that if the matter which is relied on as constituting a change was known at the relevant time it cannot be relied on as the basis for variation. [p. 688]

[45] In Justice Cromwell’s opinion, however, “the parties’ comprehensive, final agreement must be accorded significant weight at the variation stage” because it “is critical evidence of what they actually or ought reasonably to be taken to have contemplated at the time” (paras. 76 and 84). With respect, the general proposition that spousal support agreements should be accorded “significant weight” in the search for a material change under s. 17 is problematic. As explained earlier, while a term stating that a specific type of change will — or will not — give rise to variation will constitute such “evidence” and will inform the court’s application of the *Willick* test, an agreement containing only general terms, such as a general statement of finality, provides little guidance in practice on whether or not a particular event or circumstance was contemplated by the parties or on the consequences the parties would have ascribed to it. The court will of necessity interpret any such general provision by

l’existence d’un changement important. En revanche, à d’autres occasions, la situation des parties les amène à donner effet à cette affirmation générale et à conclure à l’absence d’un changement important.

[43] Le cas simple de jeunes époux dont le mariage n’a duré que quelques mois et qui y mettent fin essentiellement sur un pied d’égalité en est un exemple. Le tribunal qui se livre à l’analyse proposée dans *Willick* doit attribuer du poids à une affirmation générale du caractère définitif de l’entente intégrée dans une ordonnance, combinée à ces faits particuliers.

[44] En somme, il convient de réitérer que le critère préliminaire applicable pour l’application de l’art. 17, qu’il existe ou non une entente, est celui que le juge Sopinka a décrit en ces termes dans *Willick* :

Pour que les conditions de la modification existent, il est bien établi que le changement doit être important. Cela signifie un changement qui, s’il avait été connu à l’époque, se serait vraisemblablement traduit par des dispositions différentes. En corollaire, si l’élément qu’on présente comme un changement était connu à l’époque pertinente, il ne pourra être invoqué comme fondement d’une modification. [p. 688]

[45] Le juge Cromwell est toutefois d’avis « qu’il faut donner un poids appréciable à l’accord global et définitif entre les parties à l’étape de la modification » parce qu’elle « constitue une preuve cruciale de ce qu’elles ont effectivement envisagé ou de ce qu’elles doivent raisonnablement être présumées avoir envisagé à l’époque » (par. 76 et 84). Avec égards, nous jugeons problématique l’hypothèse générale voulant que l’on accorde obligatoirement un « poids appréciable » aux ententes alimentaires entre époux pour déterminer s’il est survenu un changement important au sens de l’art. 17. Certes, comme nous l’avons déjà expliqué, une disposition énonçant qu’un type de changement précis justifiera — ou ne justifiera pas — une modification constitue une « preuve » à cet égard et influencera l’application par le tribunal du test établi dans *Willick*, mais une entente contenant uniquement des stipulations générales, comme une affirmation générale de son caractère définitif, n’est guère utile

reference to the parties' circumstances at the time of the s. 15.2 order. These circumstances may or may not lead the court to conclude that the parties have contemplated the event and, consequently, whether a material change warranting a variation has occurred: the court must find a "change, such that, if known at the time, would likely have resulted in different terms" (*Willick*, at p. 688).

[46] The examination of the change in circumstances is exactly the same for an order that does not incorporate a prior spousal support agreement as for one that does. A general statement that the agreement must be accorded "significant weight", even though its implications in a concrete case are unclear, in effect raises the threshold necessary to establish a "material change" under s. 17 when there is an agreement, and emphasizes legal certainty and finality at the expense of the statutory requirements of s. 17. Such a result is reminiscent of the "clean break" approach of the *Pelech* trilogy, rejected in *Moge* and *Miglin* because it was held to be inappropriate in the context of the current *Divorce Act*.

B. *The Appropriate Variation*

[47] If the s. 17 threshold for variation of a spousal support order has been met, a court must determine what variation to the order needs to be made in light of the change in circumstances. The court then takes into account the material change, and should limit itself to making only the variation justified by that change. As Justice L'Heureux-Dubé, concurring in *Willick*, observed: "A variation under the Act is neither an appeal of the original order nor a *de novo* hearing" (p. 739). As earlier stated, as Bastarache and Arbour JJ. said in *Miglin*, "judges making variation orders under s. 17 limit

en pratique pour déterminer si les parties ont envisagé un événement ou une circonstance en particulier ou quelles conséquences elles lui auraient attribuées. Le tribunal interprétera nécessairement une stipulation générale de ce type en se reportant à la situation des parties lors du prononcé de l'ordonnance en vertu de l'art. 15.2. Cette situation peut l'amener, ou non, à tirer une conclusion quant à savoir si les parties ont envisagé l'événement en cause et, par conséquent, s'il est survenu un changement important justifiant une modification : le tribunal doit constater l'existence d'un « changement qui, s'il avait été connu à l'époque, se serait vraisemblablement traduit par des dispositions différentes » (*Willick*, p. 688).

[46] L'examen d'un changement de situation s'effectue exactement de la même façon, qu'une entente alimentaire entre époux ait été intégrée ou non dans l'ordonnance. Même si on ne sait pas très bien quelle incidence elle aurait dans un cas concret, une règle générale selon laquelle il faut donner un « poids appréciable » à l'entente a pour effet de rehausser le critère préliminaire auquel il doit être satisfait pour qu'un changement important soit établi au sens de l'art. 17 dans les cas où il existe une entente et met l'accent sur la certitude et le règlement définitif au détriment des exigences légales fixées par l'art. 17. Ce résultat rappelle l'approche de la « rupture nette » adoptée dans la trilogie *Pelech*, qui a été rejetée dans *Moge* et *Miglin*, car elle ne convenait plus dans le contexte de l'actuelle *Loi sur le divorce*.

B. *La modification appropriée*

[47] Une fois rempli le critère préliminaire pour qu'une ordonnance alimentaire au profit d'un époux puisse être modifiée en vertu de l'art. 17, le tribunal doit décider quelle modification doit lui être apportée eu égard au changement de situation. Le tribunal prend alors le changement important en considération et ne modifie l'ordonnance que dans la mesure où ce changement le justifie. Comme l'a fait remarquer la juge L'Heureux-Dubé dans ses motifs concordants dans *Willick*, « [l]a modification en vertu de la Loi n'est ni un appel de l'ordonnance initiale ni un procès *de novo* » (p. 739).

themselves to making the appropriate variation, but do not weigh all the factors to make a fresh order unrelated to the existing one, unless the circumstances require the rescission, rather than a mere variation of the order” (para. 62).

[48] Variation involves the application of both s. 17(4.1) and s. 17(7) of the *Divorce Act*. In *Hickey*, L’Heureux-Dubé J. described the interplay between them as follows:

On an application for variation of an award of spousal support, the court must first find, under s. 17(4), that there has been a material change in the conditions, means, needs, or circumstances of either spouse (see *Moge, supra*, at pp. 875-76, and *Walker v. Walker* (1992), 12 B.C.A.C. 137, at pp. 141-42) and in making the order, the court must take into consideration that change. As with the variation of child support orders, this change must be material, and cannot be trivial or insignificant. The factors enumerated give the court considerable discretion in determining whether a variation order is justified: see J. Payne, *Payne on Divorce* (4th ed. 1996), at p. 321. Once this threshold is passed, the court must consider the four objectives of spousal support enumerated in s. 17(7) of the *Divorce Act*. [para. 20]

[49] Julien D. Payne and Marilyn A. Payne observed that “[t]here is nothing in the *Divorce Act* to suggest that any one of the objectives [in s. 17(7)] has greater weight or importance than any other objective” (*Canadian Family Law* (3rd ed. 2008), at p. 253). Rather, the objectives “operate in the context of a wide judicial discretion” and “provide opportunities for a more equitable distribution of the economic consequence of divorce between the spouses”.

[50] In short, once a material change in circumstances has been established, the variation order

Rappelons que, comme l’ont mentionné les juges Bastarache et Arbour dans *Miglin*, « les juges qui rendent des ordonnances modificatives en vertu de l’art. 17 [. . .] se limit[ent] à apporter les modifications qui s’imposent, sans soupeser l’ensemble des facteurs en vue de rendre une nouvelle ordonnance totalement distincte de l’ordonnance existante, à moins que les circonstances n’en requièrent l’annulation plutôt que la simple modification » (par. 62).

[48] La modification de l’ordonnance demande l’application des par. 17(4.1) et 17(7) de la *Loi sur le divorce*. Le juge L’Heureux-Dubé a décrit ainsi dans *Hickey* l’interaction entre ces deux paragraphes :

Le tribunal saisi d’une demande de modification de l’ordonnance alimentaire en faveur du conjoint doit d’abord conclure, suivant le par. 17(4), qu’il est survenu un changement important dans les ressources, les besoins ou, d’une façon générale, dans la situation de l’un ou l’autre des ex-époux (voir *Moge*, précité, aux pp. 875 et 876 et *Walker c. Walker* (1992), 12 B.C.A.C. 137, aux pp. 141 et 142), et il doit tenir compte de ce changement pour rendre une ordonnance. Comme dans le cas de la modification d’une ordonnance alimentaire en faveur de l’enfant, ce changement doit être important et ne peut être négligeable ou insignifiant. Les facteurs énumérés confèrent au tribunal un large pouvoir discrétionnaire afin de décider si une ordonnance modificative est justifiée : voir J. Payne, *Payne on Divorce* (4^e éd. 1996), à la p. 321. Une fois que cette condition préalable est remplie, le tribunal doit prendre en considération les quatre objectifs des ordonnances alimentaires en faveur du conjoint énumérés au par. 17(7) de la *Loi sur le divorce*. [par. 20]

[49] Julien D. Payne et Marilyn A. Payne ont fait remarquer que [TRADUCTION] « [r]ien dans la *Loi sur le divorce* ne donne à croire que l’un des objectifs [fixés au par. 17(7)] aurait plus de poids ou d’importance que tout autre » (*Canadian Family Law* (3^e éd. 2008), p. 253). Ces objectifs « s’inscrivent [plutôt] dans le contexte d’un large pouvoir discrétionnaire des tribunaux » et « offrent différentes possibilités pour répartir plus équitablement les conséquences économiques du divorce entre les époux ».

[50] Bref, une fois qu’un changement de situation important est établi, l’ordonnance modificative doit

should “properly reflec[t] the objectives set out in s. 17(7), . . . [take] account of the material changes in circumstances, [and] consid[er] the existence of the separation agreement and its terms as a relevant factor” (*Hickey*, at para. 27). A court should limit itself to making the variation which is appropriate in light of the change. The task should not be approached as if it were an initial application for support under s. 15.2 of the *Divorce Act*.

Application to This Case

[51] The issue in this case is whether the spousal support order should have been varied under s. 17. In our view, it should not have been.

[52] The trial judge conducted a *de novo* hearing on the issue of the wife’s ability to work and concluded that the wife was “capable of working outside the home and that she should seek to become economically self-sufficient”. She made no finding about whether there had been a material change in the wife’s circumstances since the 2003 order was made. The Court of Appeal concluded that the trial judge’s factual determination of the wife’s capacity to work, coupled with the passage of time, amounted to a material change of circumstances.

[53] In light of the circumstances at the time the original order was made, these findings are, with respect, unsustainable. When the order was made, the wife had been living with multiple sclerosis for 14 years. She was receiving disability payments because she was found to be unable to work by the insurance company. Except for the brief period before her diagnosis, she did not work outside the home during the marriage.

[54] Not only was the husband fully aware of her medical condition, he made representations, before and after the separation, to her disability insurer, to pension personnel, and to tax authorities that she was unable to work. His explanation for these

« reflét[er] correctement les objectifs énumérés au par. 17(7), [. . .] ten[ir] compte des changements importants qui sont survenus [. . .] [et] considér[er] l’existence de l’entente de séparation et de ses conditions comme un facteur pertinent » (*Hickey*, par. 27). Le tribunal doit se limiter à apporter la modification qui s’impose en raison du changement. Il ne doit pas aborder cette tâche comme s’il était saisi d’une demande initiale de pension alimentaire présentée en vertu de l’art. 15.2 de la *Loi sur le divorce*.

Application aux faits de l’espèce

[51] Il s’agit en l’espèce de déterminer si l’ordonnance alimentaire aurait dû être modifiée en application de l’art. 17. À notre avis, elle n’aurait pas dû l’être.

[52] La juge du procès a examiné *de novo* la question de l’aptitude de l’épouse au travail et a conclu qu’elle [TRADUCTION] « pouvait travailler à l’extérieur du foyer et qu’elle devrait essayer d’acquérir son autonomie financière ». Elle n’a tiré aucune conclusion quant à savoir s’il s’était produit un changement important dans la situation de l’épouse depuis que l’ordonnance de 2003 avait été rendue. Selon la Cour d’appel, la décision factuelle de la juge du procès quant à l’aptitude de l’épouse au travail, conjuguée au temps écoulé, était assimilable à un changement de situation important.

[53] Étant donné la situation existante au moment où l’ordonnance initiale a été rendue, nous estimons, en toute déférence, que ces conclusions sont insoutenables. L’épouse souffrait de sclérose en plaques depuis 14 ans au moment du prononcé de l’ordonnance. Elle touchait des prestations d’invalidité parce que la compagnie d’assurance l’avait jugée inapte au travail. Elle n’avait pas travaillé à l’extérieur du foyer durant le mariage, sauf pendant la courte période précédant son diagnostic.

[54] Non seulement l’époux était pleinement conscient de l’état de santé de son épouse, mais il a fait valoir auprès de sa société d’assurance-invalidité, des responsables des pensions et du fisc, tant avant qu’après la séparation, qu’elle était inapte au

representations was that he had “embellished” his wife’s health problems to the authorities to help ease his financial situation. His changed position at trial, that she can now work, is both unpalatable and unworthy of serious consideration.

[55] The expert evidence was that there has been little or no change in the wife’s medical condition in 19 years. That means that there has been no improvement. It is, in short, the same as when the order was made. And that in turn means that there has been *no* change, let alone a material one, since the order. This ought to have been dispositive of the husband’s application to vary.

[56] However, instead of determining whether there had been a material change of circumstances, the trial judge conducted a *de novo* assessment of the wife’s ability to work as if this were an original application for support under s. 15.2. In relying on this assessment to infer a material change of circumstances, the Court of Appeal fell into the same error.

[57] The husband argued that the wife had a duty to seek employment based on the factors in s. 15.2(6) of the *Divorce Act* which were included in the agreement incorporated in the order. In particular, he relied on the objective that “insofar as practical” there should be “economic self-sufficiency of Plaintiff and Defendant”. Her failure to seek employment, he therefore argued, was a material change of circumstances.

[58] We do not accept the husband’s submissions. There is nothing in the order suggesting that the wife was expected to seek employment. The order recognized that the wife was in receipt of disability payments. It provided for spousal support and included no term or provision for review. Its terms indicate that spousal support was intended to be for an indeterminate period. The order expressly acknowledged that the objectives of s. 15.2(6) of

travail. Il dit l’avoir fait pour leur donner une description [TRADUCTION] « plus avantageuse » des problèmes de santé de son épouse afin d’alléger sa situation financière. Son changement de position au procès, selon lequel elle peut désormais travailler, est difficile à avaler et ne mérite pas qu’on l’examine sérieusement.

[55] Selon la preuve d’expert, l’état de santé de l’épouse n’a que peu ou pas changé en 19 ans. Ce qui signifie qu’il ne s’est pas amélioré. Son état est en somme le même qu’au moment où l’ordonnance a été rendue. Il n’est donc survenu *aucun* changement, et encore moins un changement important, depuis le prononcé de l’ordonnance. Cela aurait dû suffire à régler le sort de la demande de modification présentée par l’époux.

[56] Toutefois, au lieu de déterminer s’il était survenu un changement de situation important, la juge du procès a examiné *de novo* l’aptitude au travail de l’épouse comme s’il s’agissait d’une demande initiale de pension alimentaire déposée en vertu du par. 15.2. La Cour d’appel a commis la même erreur en se fondant sur cet examen pour conclure à un changement de situation important.

[57] L’époux a prétendu que l’épouse avait l’obligation de chercher un emploi compte tenu des facteurs énoncés au par. 15.2(6) de la *Loi sur le divorce* pris en considération dans l’entente intégrée dans l’ordonnance. Il s’est fondé plus particulièrement sur l’objectif suivant : [TRADUCTION] « la demanderesse et le défendeur » devraient, « dans la mesure du possible », acquérir leur « indépendance économique ». L’omission de son épouse de chercher un emploi constitue donc, selon lui, un changement de situation important.

[58] Nous n’acceptons pas les arguments de l’époux. Rien dans l’ordonnance ne laisse croire que l’épouse devait chercher un emploi. L’ordonnance reconnaissait que l’épouse touchait des prestations d’invalidité. Elle lui accordait une pension alimentaire, sans l’assujettir à des conditions ni à un processus de révision quelconques. Les termes de l’ordonnance indiquaient que la pension alimentaire devait être versée durant une période indéterminée.

the *Divorce Act* were taken into consideration by the parties.

[59] Neither does the *Divorce Act* impose a duty upon ex-spouses to become self-sufficient. As this Court affirmed in *Leskun*, the “[f]ailure to achieve self-sufficiency is not breach of ‘a duty’ and is simply one factor amongst others to be taken into account” (para. 27). Section 15.2(6)(d) of the *Divorce Act* simply states that the order should “in so far as practicable, promote the economic self-sufficiency” of the parties.

[60] In sum, upon examination of the actual circumstances of the parties at the time the order was made, and the terms of the order, it is apparent that there has been no material change of circumstances since the making of the order. It cannot be said that the wife’s failure to seek employment is something that, “if known at the time, would likely have resulted in different terms” to the order (*Willick*, at p. 688). Simply put, at the time of the order, the wife had multiple sclerosis and was not expected to seek employment outside the home; nothing has changed with respect to her medical condition since that time. As a result, the husband’s application for variation cannot succeed as he has failed to meet the threshold required by s. 17(4.1).

[61] We would therefore allow the appeal with costs throughout. The indexed spousal support in the original order is to continue, effective retroactively to the date it was varied by the trial court.

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

CROMWELL J. —

I. Introduction

[62] When the parties have reached a comprehensive, final agreement relating to their separation

L’ordonnance reconnaissait expressément que les parties avaient tenu compte des objectifs énoncés au par. 15.2(6) de la *Loi sur le divorce*.

[59] La *Loi sur le divorce* n’impose pas non plus aux ex-époux l’obligation de devenir autonomes. Comme l’a mentionné notre Cour dans *Leskun*, « [l]’omission d’acquérir son indépendance ne constitue pas un manquement à “une obligation” et n’est qu’un élément parmi d’autres » (par. 27). L’alinéa 15.2(6)d) de la *Loi sur le divorce* précise simplement que l’ordonnance vise « à favoriser, dans la mesure du possible, l’indépendance économique » des parties.

[60] En résumé, l’examen de la situation des parties au moment où l’ordonnance a été rendue et des dispositions de cette dernière révèle qu’il n’est survenu aucun changement de situation important depuis le prononcé de l’ordonnance. On ne saurait dire que l’omission de l’épouse de chercher un emploi est un élément qui, « s’il avait été connu à l’époque, se serait vraisemblablement traduit par des dispositions différentes » (*Willick*, p. 688). Tout simplement, l’épouse avait la sclérose en plaques au moment de l’ordonnance et on ne s’attendait pas à ce qu’elle cherche un emploi à l’extérieur du foyer; rien n’a changé depuis ce temps en ce qui concerne son état de santé. Par conséquent, la demande de modification présentée par l’époux ne peut être accueillie parce qu’il n’a pas satisfait au critère préliminaire fixé au par. 17(4.1).

[61] Nous sommes donc d’avis d’accueillir le pourvoi avec dépens devant toutes les cours. La pension alimentaire indexée au profit de l’épouse fixée dans l’ordonnance initiale est maintenue et sera versée rétroactivement à la date à laquelle la pension alimentaire a été modifiée par la juridiction de première instance.

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

LE JUGE CROMWELL —

I. Introduction

[62] Dans le cas où un accord de séparation global et définitif a été conclu et intégré à une

and its provisions are incorporated into a court order, what weight should be given to their agreement when one of them seeks to vary that order? As I see it, the principles established by the Court in *Miglin v. Miglin*, 2003 SCC 24, [2003] 1 S.C.R. 303, require that the agreement be given considerable weight. While I agree with my colleagues Abella and Rothstein JJ. that the appeal should be allowed, I respectfully disagree with their analysis of this question.

[63] My colleagues Abella and Rothstein JJ. are of the view that *Miglin* has nothing to do with variation applications, that the analysis of what weight to give the parties' agreement on an initial support application is completely distinct from the analysis of the same issue in relation to a variation application and that, on a variation application, the parties' agreement should be given no special weight unless it specifically addresses the matter relied on as the basis of the change. My view is that the agreement plays a central role in the context of variation of the order and that the principles established in *Miglin* are highly relevant to this exercise.

[64] In *Miglin*, the Court set out the proper approach to determining an initial application for spousal support under the *Divorce Act*, R.S.C. 1985, c. 3 (2nd Supp.), where the spouses have executed a final agreement that addresses all matters respecting their separation, including a release of any future claim for spousal support. *Miglin's* central teaching is that "assessment of the appropriate weight to be accorded a pre-existing agreement requires a balancing of the parties' interest in determining their own affairs with an appreciation of the peculiar aspects of separation agreements generally and spousal support in particular" (para. 67). In my view, this same balancing of these values, as assessed in accordance with all the objectives of the Act, lies at the core of the court's task when dealing with an application to vary a support order that incorporates the support provisions of the parties' comprehensive agreement.

ordonnance judiciaire, quel poids faut-il donner à l'accord des parties lorsque l'une d'elles demande la modification de l'ordonnance? Selon moi, les principes établis par la Cour dans *Miglin c. Miglin*, 2003 CSC 24, [2003] 1 R.C.S. 303, exigent qu'on lui accorde une importance considérable. Bien que je sois d'accord avec mes collègues les juges Abella et Rothstein pour accueillir le pourvoi, je ne puis, en toute déférence, souscrire à leur analyse de cette question.

[63] Mes collègues les juges Abella et Rothstein estiment que l'arrêt *Miglin* n'a rien à voir avec les demandes de modification, que l'analyse du poids à attribuer à l'accord des parties est totalement distincte, selon que le tribunal est saisi d'une demande initiale de pension alimentaire ou d'une demande de modification, et que, dans ce dernier cas, le tribunal ne doit pas accorder un poids particulier à l'accord des parties, à moins qu'il ne traite explicitement de l'élément invoqué comme fondement de la modification. À mon sens, l'accord joue un rôle crucial dans le contexte de la modification d'une ordonnance, et les principes établis dans *Miglin* sont très pertinents lorsqu'il s'agit de trancher une demande de modification.

[64] Dans *Miglin*, la Cour a établi la marche à suivre pour trancher une demande initiale de pension alimentaire au profit d'un époux sous le régime de la *Loi sur le divorce*, L.R.C. 1985, ch. 3 (2^e suppl.), lorsque les époux ont signé un accord définitif, traitant de toutes les questions relatives à leur séparation, qui comporte notamment une renonciation à toute créance future d'aliments entre époux. *Miglin* nous enseigne fondamentalement que, « pour évaluer le poids à donner à un accord préexistant, il faut mettre en balance l'intérêt des parties à régler leurs propres affaires et les aspects propres aux accords de séparation en général et aux aliments entre époux en particulier » (par. 67). À mon sens, il est essentiel que le tribunal mette ces valeurs en balance de la même manière, au regard de tous les objectifs de la Loi, lorsqu'il décide s'il y a lieu de modifier une ordonnance alimentaire à laquelle sont intégrées les dispositions alimentaires de l'accord global entre les parties.

II. Analysis

[65] It is useful to approach the case by answering the following three questions:

1. What is the threshold for variation under s. 17 of the *Divorce Act*?
2. What is the effect of incorporating the support provisions of a separation agreement into a court order?
3. What is the effect of a separation agreement on an application to vary a spousal support order incorporating its terms?

A. *The Threshold for Variation Under Section 17*

[66] This, I think, is not a controversial matter. Section 17(4.1) of the Act directs that “[b]efore the court makes a variation order in respect of a spousal support order, the court shall satisfy itself that a change in the condition, means, needs or other circumstances of either former spouse has occurred since the making of the spousal support order”. The Court in *Willick v. Willick*, [1994] 3 S.C.R. 670, which concerned child support, held that what is required is a “material change” of these circumstances. This means “a change, such that, if known at the time, would likely have resulted in different terms. The corollary to this is that if the matter which is relied on as constituting a change was known at the relevant time it cannot be relied on as the basis for variation” (p. 688). This threshold also applies to applications to vary spousal support: *G. (L.) v. B. (G.)*, [1995] 3 S.C.R. 370, at para. 73, *per* Sopinka J., and paras. 48-51, *per* L’Heureux-Dubé J.

[67] It is thus clear from *Willick* that a matter known at the time of the original order cannot provide the basis of a material change in circumstances.

II. Analyse

[65] Il convient d’aborder l’affaire en répondant aux trois questions suivantes :

1. Quel est le critère préliminaire applicable à une modification en vertu de l’art. 17 de la *Loi sur le divorce*?
2. Quelle est l’incidence de l’intégration des dispositions alimentaires d’un accord de séparation dans une ordonnance judiciaire?
3. Quelle est l’incidence d’un accord de séparation sur une demande de modification de l’ordonnance alimentaire au profit d’un époux à laquelle les dispositions de l’accord ont été intégrées?

A. *Le critère préliminaire applicable à une modification en vertu de l’art. 17*

[66] Je ne crois pas qu’il s’agisse d’une question controversée. Suivant le par. 17(4.1) de la Loi, « [a]vant de rendre une ordonnance modificative de l’ordonnance alimentaire au profit d’un époux, le tribunal s’assure qu’il est survenu un changement dans les ressources, les besoins ou, d’une façon générale, la situation de l’un ou l’autre des ex-époux depuis que cette ordonnance [...] a été rendue ». Dans l’arrêt *Willick c. Willick*, [1994] 3 R.C.S. 670, portant sur une pension alimentaire pour enfants, la Cour a affirmé que ce « changement doit être important ». Cela signifie qu’il doit s’agir d’un « changement qui, s’il avait été connu à l’époque, se serait vraisemblablement traduit par des dispositions différentes. En corollaire, si l’élément qu’on présente comme un changement était connu à l’époque pertinente, il ne pourra être invoqué comme fondement d’une modification » (p. 688). Ce critère préliminaire s’applique également aux demandes de modification d’une pension alimentaire au profit d’un époux : *G. (L.) c. B. (G.)*, [1995] 3 R.C.S. 370, par. 73, le juge Sopinka, par. 48-51, la juge L’Heureux-Dubé.

[67] *Willick* établit donc clairement qu’un élément connu au moment où l’ordonnance initiale a été rendue ne peut servir de fondement à un

But what about matters that were simply foreseeable at that time? According to L'Heureux-Dubé J. in *G. (L.)*, the question is whether the parties must be taken to have actually contemplated the matter in question; as she put it at para. 51, simple foreseeability does not bar a variation finding under s. 17 because “the fact that a change was objectively foreseeable does not necessarily mean that it was contemplated by the parties”: citing *Willick*, at p. 734 (emphasis added). Thus, changes which the parties actually contemplated or that must have been in the parties’ contemplation cannot constitute material changes.

[68] There is, in my opinion, no inconsistency between *Miglin* and *Willick*. *Miglin* did not suggest that the “material change” threshold for variation as set out in *Willick* does not apply. *Willick* did not discuss the weight that the parties’ agreement should be given on a variation application other than, as we shall see in the next section, by setting out the effect on the variation application of the fact that the parties’ agreement had been incorporated into a court order.

B. *The Effect of Incorporating the Agreement Into a Court Order*

[69] Once again, this is not a controversial issue. In *Willick*, the Court addressed this question in relation to a child support order. Once the terms of an agreement are incorporated into a court order, the provision must be assumed to have met the statutory requirements at the time and the correctness of that order is not reviewed during the variation proceeding (p. 687). Thus, the court asked to vary the order assumes that it was an appropriate order at the time it was made and applies the material change threshold on that basis. The same approach is used with respect to variation of spousal support orders (*Oakley v. Oakley* (1985), 48 R.F.L. (2d) 307 (B.C.C.A.), at p. 313; J. D. Payne and M. A. Payne, *Canadian Family Law* (3rd ed. 2008), at p. 298).

changement de situation important. Mais qu’en est-il des éléments qui étaient simplement prévisibles à l’époque? Selon la juge L’Heureux-Dubé, dans *G. (L.)*, la question est de savoir s’il faut présumer que les parties ont effectivement envisagé l’élément en cause. Pour reprendre ses propos, au par. 51, la simple prévisibilité n’empêche pas la modification de l’ordonnance en vertu de l’art. 17, parce que « le fait qu’un changement était objectivement prévisible ne signifie pas nécessairement qu’il ait été envisagé par les parties » : citant *Willick*, p. 734 (je souligne). Par conséquent, les changements que les parties ont effectivement envisagés ou auxquels elles ont sûrement songé ne peuvent constituer des changements importants.

[68] Les arrêts *Miglin* et *Willick* ne me paraissent pas incompatibles. *Miglin* n’a pas écarté l’application, à une demande de modification, du critère préliminaire du « changement important » établi dans *Willick*. L’arrêt *Willick* ne traite pas du poids qu’il faut donner à l’accord entre les parties dans le cas d’une demande de modification, sauf, comme nous le verrons dans la prochaine partie, en ce qui concerne l’incidence de l’intégration de l’accord dans une ordonnance judiciaire sur la demande de modification.

B. *L’incidence de l’intégration de l’accord à une ordonnance judiciaire*

[69] Cette question n’est pas non plus controversée. Dans *Willick*, la Cour l’a examinée relativement à une ordonnance alimentaire au profit des enfants. Une fois les modalités d’un accord intégrées à une ordonnance judiciaire, il faut présumer que la disposition alimentaire répondait aux exigences de la loi à l’époque, et le tribunal ne contrôle pas la justesse de l’ordonnance durant l’instance en modification (p. 687). Ainsi, le tribunal appelé à modifier l’ordonnance présume qu’elle était appropriée au moment où elle a été rendue et applique le critère préliminaire du changement important sur cette base. La même démarche est utilisée relativement à la modification des ordonnances alimentaires au profit d’un époux (*Oakley c. Oakley* (1985), 48 R.F.L. (2d) 307 (C.A.C.-B.), p. 313; J. D. Payne et M. A. Payne, *Canadian Family Law* (3^e éd. 2008), p. 298).

C. *The Effect of a Comprehensive Agreement Which Has Been Incorporated Into an Order on an Application to Vary the Order*

(1) Background: From the Trilogy to Miglin

[70] At the time of the *Willick* and *G. (L.)* decisions, the relevant law about how much weight to give to the parties' agreement was set out in a trilogy of cases: *Pelech v. Pelech*, [1987] 1 S.C.R. 801, *Richardson v. Richardson*, [1987] 1 S.C.R. 857, and *Caron v. Caron*, [1987] 1 S.C.R. 892. The party wishing to depart from the agreement's terms had to establish that there had been a radical change causally connected to the marriage. This test applied both to initial applications for support (as in *Richardson*) and to variation of court orders incorporating agreements (as in *Pelech* and *Caron*). Neither in *Willick* nor in *G. (L.)*, which came after the trilogy, did a majority of the Court directly address how agreements affected an application by one of the former spouses to vary a support order incorporating its terms. However, these judgments contain two comments that are particularly relevant here:

- (i) The court has discretion with respect to variation and is not strictly bound by the terms of the parties' agreement (*Willick*, at p. 686, and *G. (L.)*, at para. 58, *per concurring reasons of L'Heureux-Dubé J.*).
- (ii) However, the agreement is an "important" factor in exercising the discretionary power to vary (*G. (L.)*, at para. 56). This is so even though agreements are expressly included in the factors to be considered on an initial support application (s. 15(5)(c) of the *Divorce Act* (now s. 15.2(4)(c), S.C. 1997, c. 1, s. 2)) and are not so expressly mentioned in relation to variation applications (s. 17) (*G. (L.)*, at paras. 53-55).

C. *L'incidence d'un accord global intégré à une ordonnance sur une demande de modification de l'ordonnance*

(1) Contexte : De la trilogie à l'arrêt Miglin

[70] Lorsque les arrêts *Willick* et *G. (L.)* ont été rendus, les règles de droit applicables concernant le poids à donner à l'accord entre les parties étaient énoncées dans une trilogie d'arrêts : *Pelech c. Pelech*, [1987] 1 R.C.S. 801, *Richardson c. Richardson*, [1987] 1 R.C.S. 857, et *Caron c. Caron*, [1987] 1 R.C.S. 892. La partie qui désirait s'écarter des modalités de l'accord devait établir la survenance d'un changement radical découlant du mariage. Ce test s'appliquait à la fois aux demandes initiales de pension alimentaire (comme dans *Richardson*) et à la modification d'une ordonnance judiciaire à laquelle un accord avait été intégré (comme dans *Pelech* et *Caron*). Les juges majoritaires de la Cour n'ont pas abordé directement, ni dans l'arrêt *Willick*, ni dans l'arrêt *G. (L.)*, qui ont suivi la trilogie, l'incidence d'un accord sur une demande présentée par l'un des ex-époux en vue d'obtenir la modification d'une ordonnance alimentaire à laquelle les modalités de l'accord avaient été intégrées. Ces arrêts renferment toutefois deux commentaires qui sont particulièrement pertinents en l'espèce :

- (i) Le tribunal dispose d'un pouvoir discrétionnaire relativement à la modification de l'ordonnance et il n'est pas strictement lié par les modalités de l'accord entre les parties (*Willick*, p. 686, et *G. (L.)*, par. 58, motifs concordants de la juge L'Heureux-Dubé).
- (ii) L'accord constitue cependant un facteur « important » à prendre en considération dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire de modification (*G. (L.)*, par. 56). Il en est ainsi même si les accords font expressément partie des facteurs à prendre en compte dans le cas d'une demande initiale de pension alimentaire (al. 15(5)c) de la *Loi sur le divorce* (maintenant l'al. 15.2(4)c, L.C. 1997, ch. 1, art. 2)) et ne sont pas mentionnés aussi expressément pour ce qui est des demandes de modification (art. 17) (*G. (L.)*, par. 53-55).

[71] Since these pronouncements, the legal landscape in relation to initial support applications in the presence of an agreement has changed as a result of the Court's judgment in *Miglin*. The Court held that the narrow test enunciated in the *Pelech* trilogy for interfering with a pre-existing agreement was no longer appropriate in the new statutory context of the provisions of the 1985 Act (para. 47). Nonetheless, *Miglin* affirmed that unimpeachably negotiated agreements should receive considerable weight provided that they represent the intentions and expectations of the parties and substantially comply with the objectives of the *Divorce Act* as a whole. Thus, while the Court concluded that the very stringent test set out in the trilogy was no longer apt under the new statutory provisions, a comprehensive, final agreement was still to be given considerable weight.

[72] As held in *Miglin*, an initial application for spousal support inconsistent with a pre-existing agreement requires a two-stage investigation into all the circumstances, first at the time of the agreement's formation and second at the time of the application. At the first stage, the court determines whether the agreement was negotiated under satisfactory conditions and whether its terms, when negotiated, were in substantial compliance with the general objectives of the Act (paras. 80-86). At the second stage, the court assesses whether the agreement continues to reflect the original intention of the parties and the extent to which it is still in substantial compliance with the objectives of the Act. The party seeking an order different than the terms of the agreement must show that there are new circumstances which were not reasonably anticipated by the parties; the test is not "strict foreseeability" but whether the agreement "can be said to have contemplated the situation before the court at the time of the application" (para. 89). The alleged change is also measured against the objectives of the Act to ensure that the agreement's provisions continue to be in substantial compliance with those objectives (para. 87).

[71] Depuis ces énoncés, le contexte juridique des demandes initiales de pension alimentaire dans les cas où un accord est intervenu a changé en raison de l'arrêt rendu par la Cour dans l'affaire *Miglin*. La Cour y a affirmé que le critère étroit énoncé dans la trilogie *Pelech* pour la modification d'un accord antérieur ne s'appliquait plus dans le nouveau contexte législatif des dispositions de la Loi de 1985 (par. 47). *Miglin* mentionne néanmoins qu'il faut donner beaucoup de poids à une entente négociée de façon irréprochable, pourvu qu'elle reflète les volontés et les attentes des parties et soit conforme pour l'essentiel aux objectifs de la *Loi sur le divorce* dans son ensemble. Ainsi, bien que la Cour ait conclu que le critère très rigoureux énoncé dans la trilogie n'est plus valable sous le régime des nouvelles dispositions législatives, il faut encore accorder énormément de poids à un accord global et définitif.

[72] Comme la Cour l'a affirmé dans *Miglin*, une demande initiale de pension alimentaire au profit d'un époux qui n'est pas conforme à un accord préexistant exige un examen en deux temps de toutes les circonstances, d'abord au moment de la conclusion de l'accord, puis au moment de la demande. À la première étape, le tribunal décide si l'accord a été négocié dans des conditions satisfaisantes et si ses modalités étaient, au moment de leur négociation, conformes pour l'essentiel aux objectifs généraux de la Loi (par. 80-86). À la deuxième étape, le tribunal détermine si l'accord reflète toujours l'intention initiale des parties et dans quelle mesure l'accord est toujours conforme pour l'essentiel aux objectifs de la Loi. La partie qui sollicite une ordonnance différente de l'accord doit démontrer l'existence de nouvelles circonstances que les parties n'avaient pas raisonnablement prévues; le critère applicable n'est pas l'« imprévisibilité absolue » : il consiste plutôt à savoir « dans quelle mesure on peut dire que l'accord [...] a envisagé la situation qui est présentée à la Cour au moment de la demande » (par. 89). On évalue aussi le changement allégué par rapport aux objectifs de la Loi pour s'assurer que les dispositions de l'accord sont toujours conformes pour l'essentiel à ces objectifs (par. 87).

(2) Miglin and Variation Applications

[73] As noted, *Miglin* was an initial application case. The Court recognized that in deciding what weight to give to the parties' agreement on an initial application, the material change threshold does not apply (para. 61). However, the Court's reasons make clear that the parties' agreement is an important consideration on a variation application.

[74] The Court outlined how to strike the balance between preserving reasonable certainty in legal relations and recognizing the distinctions between separation agreements and commercial contracts. This balance, *Miglin* held, is struck by ensuring that separation agreements have been fairly negotiated and comply substantially with the statutory objectives. As the Court put it: “. . . a fairly negotiated agreement that represents the intentions and expectations of the parties and that complies substantially with the objectives of the Divorce Act as a whole should receive considerable weight” (para. 4 (emphasis added)). The Court emphasized that this principle applies equally to a variation application as to an initial application. While my colleagues dismiss these comments in *Miglin* as an *obiter* suggestion, Bastarache and Arbour JJ. for the majority of the Court could not have been clearer:

It is only where the current circumstances represent a significant departure from the range of reasonable outcomes anticipated by the parties, in a manner that puts them at odds with the objectives of the Act, that the court may be persuaded to give the agreement little weight. As we noted above, it would be inconsistent if a different test applied to change an agreement in the form of an initial order under s. 15.2 and to variation of an agreement incorporated into an order under s. 17. . . . The objectives of finality and certainty noted above caution against too broad a discretion in varying an order that the parties have been relying on in arranging their affairs. . . . Where the order at issue incorporated the mutually acceptable agreement of the parties,

(2) L'arrêt Miglin et les demandes de modification

[73] Rappelons que l'arrêt *Miglin* portait sur une demande initiale de pension alimentaire. La Cour a reconnu qu'au moment où le tribunal décide du poids à donner à l'accord intervenu entre les parties dans le cas d'une demande initiale, le critère préliminaire du changement important ne s'applique pas (par. 61). Toutefois, il ressort clairement des motifs de la Cour que l'accord entre les parties est une considération importante dans l'examen d'une demande de modification.

[74] La Cour a expliqué comment trouver un équilibre entre le maintien d'une certitude raisonnable dans les rapports juridiques et la reconnaissance des différences entre les accords de séparation et les contrats commerciaux. D'après *Miglin*, on trouve cet équilibre en s'assurant que les accords de séparation ont été équitablement négociés et qu'ils sont conformes pour l'essentiel aux objectifs fixés par la loi. Pour reprendre les propos de la Cour, « il faut accorder beaucoup de poids à une convention équitablement négociée qui reflète les volontés et les attentes des parties et qui est conforme pour l'essentiel aux objectifs de la Loi sur le divorce dans son ensemble » (par. 4 (je souligne)). La Cour a souligné que ce principe s'applique tout autant à une demande de modification qu'à une demande initiale. Bien que mes collègues écartent ces observations énoncées dans l'arrêt *Miglin*, y voyant une suggestion faite en *obiter*, les juges Bastarache et Arbour n'auraient pas pu être plus clairs en écrivant, au nom des juges majoritaires :

Ce n'est que lorsque la situation actuelle représente un écart important par rapport à la gamme des résultats raisonnables qu'anticipaient les parties, au point d'aller à l'encontre des objectifs de la Loi, qu'on pourra convaincre le tribunal de donner peu de poids à l'accord. Nous avons vu qu'il serait illogique d'appliquer un critère différent pour la modification d'un accord dans le cadre d'une ordonnance initiale au titre de l'art. 15.2 et pour la modification d'un accord incorporé dans une ordonnance au titre de l'art. 17. [. . .] Le règlement définitif et la certitude recherchés contre-indiquent un pouvoir discrétionnaire trop large dans la modification d'une ordonnance sur laquelle les parties se sont appuyées pour régler leurs affaires. [. . .] Lorsque l'ordonnance en

that order reflected the parties' understanding of what constituted an equitable sharing of the economic consequences of the marriage. In our view, whether acting under s. 15.2 or under s. 17, the Court should take that into consideration. [Emphasis added; para. 91.]

[75] This is the considered opinion of a majority of the Court. Moreover, *Miglin* provided considerable assistance in deciding how the passage of time affects the weight to be given to the parties' agreement. The court must assess "the extent to which enforcement of the agreement still reflects the original intention of the parties and the extent to which it is still in substantial compliance with the objectives of the Act" (para. 87).

[76] In my respectful view, while the two-step *Miglin* analysis cannot simply be imported into variation applications, *Miglin* stands for the proposition that the parties' comprehensive, final agreement must be accorded significant weight at the variation stage, as it is at the initial application stage. In addition, *Miglin* provides considerable guidance about how this ought to be done.

[77] I part company with my colleagues Abella and Rothstein JJ. when they state that "it is important to keep the s. 15.2 [initial application] and s. 17 [variation] analyses distinct" and that the approach developed in *Miglin* "should not be imported into the analysis under s. 17" (paras. 23 and 28). This leads them, in my view, to give the parties' comprehensive, final agreement far too limited a role on a variation application. That role, in my respectful view, is not properly characterized by saying simply, as my colleagues do, that the agreement is not "irrelevant" (para. 37).

[78] They base this conclusion on two points: first, the difference in the statutory language between s. 15.2(4)(c), which applies to initial applications, and s. 17(4.1), which applies to variations, and second, a close reading of the majority judgment in *Miglin*. I respectfully disagree with both of these points.

cause incorpore l'accord mutuellement acceptable pour les parties, elle reflète la conception qu'ont les parties d'un partage équitable des conséquences économiques du mariage. À notre avis le tribunal devrait garder cela à l'esprit, qu'il agisse en vertu de l'art. 15.2 ou de l'art. 17. [Je souligne; par. 91.]

[75] Voilà l'opinion majoritaire réfléchie de la Cour. De plus, *Miglin* a beaucoup aidé à déterminer quel est l'effet du temps écoulé sur le poids à donner à l'accord entre les parties. Le tribunal doit examiner « dans quelle mesure l'application de l'accord reflète encore les intentions initiales des parties et la mesure dans laquelle l'accord est toujours conforme pour l'essentiel aux objectifs de la Loi » (par. 87).

[76] Bien qu'on ne puisse pas transposer simplement l'analyse à deux volets décrite dans *Miglin* aux demandes de modification, j'estime en toute déférence que cet arrêt établit qu'il faut donner un poids appréciable à l'accord global et définitif entre les parties à l'étape de la modification, comme on le fait à celle de la demande initiale. En outre, *Miglin* donne énormément d'indications quant à la manière de procéder.

[77] Je ne suis pas d'accord avec mes collègues les juges Abella et Rothstein quand ils disent qu'« il est important de procéder à des analyses distinctes pour l'application des art. 15.2 [demande initiale] et 17 [modification] » et que la démarche proposée dans *Miglin* « ne doit pas être transposée dans l'analyse effectuée pour l'application de l'art. 17 » (par. 23 et 28). Cela les amène, selon moi, à attribuer à l'accord global et définitif entre les parties un rôle beaucoup trop limité dans l'examen d'une demande de modification. À mon humble avis, c'est mal décrire ce rôle que d'affirmer simplement, comme le font mes collègues, que l'accord n'est pas « hors de propos » (par. 37).

[78] Ils fondent cette conclusion sur deux éléments : premièrement, la différence entre le libellé de l'art. 15.2(4)c, qui vise les demandes initiales, et celui du par. 17(4.1), qui régit les modifications, et, deuxièmement, une lecture attentive de la décision des juges majoritaires dans *Miglin*. En toute déférence, je ne suis pas d'accord avec eux en ce qui concerne ni l'un ni l'autre de ces éléments.

[79] I turn first to the difference in the statutory language. As my colleagues note, s. 15.2(4)(c) (initial applications) requires a court to consider an agreement between the parties but s. 17(4.1) (variation applications) has no express direction to consider agreements. For several reasons, my view is that the absence of an express direction in s. 17(4.1) does not support giving different weight to the parties' agreement in these two situations.

[80] The Court's decisions have never attached great importance to the differences between initial applications and variation applications in relation to the role of the parties' agreement in determining support. The approach of the trilogy, we should remember, applied to both situations: see *Richardson*, at pp. 866-67. In *G. (L.)*, L'Heureux-Dubé J. did not attribute any significance to the difference between the language in ss. 15 and 17 in relation to the importance of the parties' agreement with respect to an initial and a variation application:

Section 17, which governs variation orders, restates for its part the general provisions applicable to a support order without specifically mentioning the obligation to take into account agreements concluded between the parties. One should not conclude, however, that such agreements should be ignored when applications to vary support orders are made, especially when they were intended to be a final settlement, and were ratified by the original support order, an order which must be taken into account. [para. 55]

[81] As I have noted earlier, the Court in *Miglin* specifically addressed the issue of whether the difference in statutory language should result in a significantly different weight being given to the agreement on a variation application. The Court concluded that it should not (para. 91, cited above at para. 74). I conclude that consistent and recent authority from this Court is against inferring, as my colleagues do, that the difference in the statutory language supports giving the parties' agreement

[79] Je traiterai d'abord de la différence de libellé entre les dispositions législatives. Comme le soulignent mes collègues, l'al. 15.2(4)c) (demande initiale) oblige le tribunal à tenir compte d'une entente intervenue entre les parties, alors que le par. 17(4.1) (demande de modification) ne l'oblige pas expressément à tenir compte des accords. J'estime, pour plusieurs raisons, que l'absence d'une obligation expresse au par. 17(4.1) ne permet pas de donner à l'accord entre les parties un poids différent dans ces deux situations.

[80] Dans ses arrêts, la Cour n'a jamais attaché une grande importance aux différences entre les demandes initiales et les demandes de modification pour ce qui est du rôle de l'accord entre les parties dans l'examen de la question des aliments. La démarche proposée dans la trilogie, ne l'oublions pas, s'applique dans les deux cas : voir *Richardson*, p. 866-867. Dans *G. (L.)*, la juge L'Heureux-Dubé n'a accordé aucune importance à la différence entre le libellé des art. 15 et 17 quant à l'importance de l'accord entre les parties relativement à une demande initiale et à une demande de modification :

Pour sa part, l'art. 17, qui régit les ordonnances modificatives, reprend dans son ensemble les dispositions générales applicables à une ordonnance alimentaire sans spécifiquement mentionner l'obligation de tenir compte des ententes intervenues entre les parties. On ne saurait en conclure, pour autant, que de telles conventions doivent être ignorées lors de demandes de modification d'ordonnances alimentaires, surtout lorsqu'elles ont été conclues en guise de règlement définitif et sont entérinées par l'ordonnance alimentaire originale dont il doit être tenu compte. [par. 55]

[81] Comme je l'ai noté précédemment, la Cour a examiné explicitement dans *Miglin* la question de savoir si l'on devrait donner un poids très différent à l'accord dans le cadre d'une demande de modification en raison du libellé différent des dispositions législatives. La Cour a répondu à cette question par la négative (par. 91, précité, au par. 74). À mon sens, la jurisprudence constante et récente de notre Cour ne permet pas de conclure, comme le font mes collègues, que la différence dans le

different weight on an initial application and on a variation application.

[82] My colleagues write that the factors to be considered on a variation application and an initial application are “significantly different” (para. 22) and that the differences in language require that the s. 15.2 and the s. 17 analyses be kept distinct. Respectfully, the statutory text does not bear this out.

[83] In order to have the authority to vary the earlier order, the “court shall satisfy itself that a change in the condition, means, needs or other circumstances of either former spouse has occurred since the making of the spousal support order” (s. 17(4.1)). Section 15.2(4) provides that the “condition, means, needs and other circumstances of each spouse” *includes*, by virtue of s. 15.2(4)(c), any agreement or arrangement relating to support of either spouse. But even without that express inclusion, the parties’ agreement must fall within the “condition, means, needs or other circumstances” for the purposes of s. 17(4.1). I do not understand how s. 15.2(4)(c), by specifically *including* the parties’ agreement as one aspect of their “condition, means, needs and other circumstances”, can be understood to limit consideration of that agreement as an aspect of their “condition, means, needs or other circumstances” under s. 17(4.1). Moreover, the statutory objectives of the initial and the varied order are virtually identical, as a comparison of s. 15.2(6) and s. 17(7) shows. Respectfully, the “differences in language” between ss. 15.2 and 17 on close examination are very minor and provide no foundation for keeping the analyses under these two provisions “distinct” in relation to the weight to be given to the parties’ agreement.

[84] Similarly, I do not understand how, as a matter of logic, the parties’ comprehensive and

libellé des dispositions législatives justifie que l’on donne à l’accord entre les parties un poids différent selon qu’il s’agit d’une demande initiale ou d’une demande de modification.

[82] Selon mes collègues, les facteurs dont il faut tenir compte sont « nettement différents » (par. 22) selon qu’il s’agit d’une demande de modification ou d’une demande initiale, et les différences dans le libellé des art. 15.2 et 17 commandent des analyses distinctes. En toute déférence, cette interprétation n’est pas étayée par le libellé de la loi.

[83] Pour être autorisé à modifier l’ordonnance antérieure, le tribunal « s’assure qu’il est survenu un changement dans les ressources, les besoins ou, d’une façon générale, la situation de l’un ou l’autre des ex-époux depuis que cette ordonnance [. . .] a été rendue » (par. 17(4.1)). Selon le par. 15.2(4), les « ressources, [l]es besoins et, d’une façon générale, [. . .] la situation de chaque époux » *englobent*, par application de l’al. 15.2(4)c), toute entente ou tout arrangement alimentaire au profit de l’un ou l’autre des époux. Mais même si l’on fait abstraction de cette inclusion expresse, l’accord entre les parties doit être compris dans « les ressources, les besoins ou, d’une façon générale, la situation » des parties pour l’application du par. 17(4.1). Je ne vois pas comment il est possible de dire que l’al. 15.2(4)c), en *incluant* explicitement l’accord comme un élément « des ressources, des besoins et, d’une façon générale, de la situation » des époux, restreint la prise en compte de leur accord en tant qu’élément compris dans « les ressources, les besoins ou, d’une façon générale, la situation » des époux pour l’application du par. 17(4.1). En outre, comme le révèle la comparaison des par. 15.2(6) et 17(7), les objectifs législatifs de l’ordonnance initiale et ceux de l’ordonnance modificative sont presque identiques. En toute déférence, il ressort d’un examen attentif des art. 15.2 et 17 que les « différences dans leur libellé » sont très minimes et ne justifient pas que les analyses effectuées pour l’application de ces deux dispositions demeurent « distinctes » en ce qui concerne le poids à donner à l’accord entre les parties.

[84] De la même façon, je ne vois pas comment l’accord global et définitif entre les parties ne

final agreement could not be central to considering whether there had been a material change. The *Willick* test is applied on the basis that a change is not material if it was known to the parties or must reasonably be taken as having been contemplated by them. The parties' agreement is critical evidence of what they actually or ought reasonably to be taken to have contemplated at the time.

[85] My colleagues further conclude that the majority judgment in *Miglin* was responsive to the specific statutory directions in s. 15.2 and should not be imported into variation analysis under s. 17. I agree that the Court in *Miglin* was clear that the "material change" threshold applicable on a variation does not apply on an initial application. However, as I have set out earlier, the Court was also clear that important weight is to be given to the parties' agreement in *both* situations. The Court noted that it would be inconsistent to do otherwise (para. 91). In any event, I do not understand how in logic the Court's analysis in *Miglin* could *not* be applicable to a s. 17 variation. The very issue discussed in *Miglin*'s second step is how change over time affects the weight to be given to an agreement (paras. 88 and 90). That same consideration is an important issue facing a court on a variation application in relation to an initial order that was the product of an agreement.

[86] My colleagues take quite a different approach, proposing that only where an agreement specifically provides for a particular matter will it be of much help in answering the "*Willick* question" (para. 39). As for types of changes other than those specifically addressed in the agreement, the fact of the agreement is likely not to be of much assistance on the material change question. To me, this approach is at odds not only with *Miglin*, but also with one of the basic purposes of agreements, namely to apportion the risks of future uncertain

pourrait pas, logiquement, être considéré comme un élément central de la question de savoir s'il est survenu un changement important. On applique le test énoncé dans *Willick* en partant du postulat qu'un changement n'est pas important si les parties en avaient connaissance ou si elles doivent raisonnablement être présumées l'avoir envisagé. L'accord entre les parties constitue une preuve cruciale de ce qu'elles ont effectivement envisagé ou de ce qu'elles doivent raisonnablement être présumées avoir envisagé à l'époque.

[85] Mes collègues concluent aussi que la décision des juges majoritaires dans *Miglin* correspondait aux directives précises données à l'art. 15.2 de la *Loi sur le divorce* et ne doit pas être transposée dans l'analyse effectuée pour l'application de l'art. 17. Je reconnais que, dans *Miglin*, la Cour a affirmé clairement que le critère préliminaire du « changement important » applicable à une modification ne s'applique pas à une demande initiale. Comme je l'ai noté précédemment, toutefois, la Cour a aussi indiqué clairement qu'il faut donner beaucoup de poids à l'accord entre les parties dans les *deux* situations. La Cour a souligné qu'il serait illogique de ne pas le faire (par. 91). Quoiqu'il en soit, je ne vois pas comment, logiquement, l'analyse effectuée par la Cour dans *Miglin* ne pourrait pas s'appliquer dans le cas d'une modification visée par l'art. 17. La question sur laquelle porte le deuxième volet de l'analyse décrite dans *Miglin* est précisément l'effet de l'écoulement du temps sur le poids qu'il convient de donner à un accord (par. 88 et 90). Cette considération constitue une question importante pour le tribunal saisi d'une demande de modification d'une ordonnance initiale qui découle d'un accord.

[86] Mes collègues ont adopté une démarche fort différente, soutenant que seul un accord prévoyant explicitement un élément particulier est vraiment utile pour répondre à la « question posée dans *Willick* » (par. 39). Quant aux autres types de changements que ceux dont traite explicitement l'accord, l'existence de l'accord ne sera vraisemblablement pas d'un grand secours pour déterminer si un changement important est survenu. À mon avis, cette démarche est incompatible non seulement avec *Miglin*, mais aussi avec l'un des objectifs

events in order to achieve finality and certainty. Giving considerable weight to the parties' comprehensive, final agreement does not, as my colleagues suggest, bring back the "clean break" approach rejected in *Miglin*; it applies the express holding and underlying principles of *Miglin*.

[87] The "change" threshold specified in s. 17 does not apply to initial orders; there is no reference to any "change" requirement in s. 15.2. However, this difference in the statutory language provides no basis for my colleagues' conclusion that the weight to be given to the parties' agreements is different on variation applications than on initial applications. My colleagues rely on para. 61 of *Miglin* to support their contention that there must be a "different approach". However, when the whole of para. 61 is considered, it is in my view clear that this paragraph simply rejects the importation of a material change threshold into s. 15.2. Paragraph 61 of *Miglin* reads:

We disagree, however, with [the] importation of the "material change" test developed for s. 17 of the Act (see *Willick, supra*) into s. 15.2 in respect of pre-existing agreements. As we noted earlier, the statutory language simply does not support this. Whereas s. 17 of the Act directs the court to satisfy itself that a change has occurred, s. 15.2 respecting initial support applications does not. Rather, s. 15.2(4) requires the court to consider the length of cohabitation, the roles of the parties during the marriage, and any orders, agreements or arrangements. This explicit direction cannot be avoided, cast, as it is, in mandatory language.

[88] This paragraph, respectfully, has nothing to do with the weight to be given to the parties' agreement when one of them seeks to vary an initial order incorporating that agreement.

[89] My colleagues also refer to para. 62 of *Miglin*. But as that paragraph makes explicit, it

fondamentaux des accords qui consiste à répartir les risques en cas d'imprévus afin de donner un caractère définitif et certain aux accords. Accorder un poids considérable à l'accord global et définitif intervenu entre les parties ce n'est pas rétablir l'approche de la « rupture nette » qui a été rejetée dans *Miglin*, comme le laissent entendre mes collègues, mais appliquer les enseignements exprès et les principes sous-jacents de *Miglin*.

[87] Le critère préliminaire du « changement » prévu à l'art. 17 ne s'applique pas aux ordonnances initiales; l'art. 15.2 ne mentionne aucun « changement » nécessaire. Mais les termes différents utilisés par le législateur ne permettent pas pour autant à mes collègues de conclure que le poids à attribuer à l'accord intervenu entre les parties diffère, selon qu'il s'agit d'une demande de modification ou d'une demande initiale. Mes collègues s'appuient sur le par. 61 de l'arrêt *Miglin* pour conclure qu'une « approche différente » s'impose. Or, à mon avis, il ressort clairement du par. 61 dans son ensemble que la Cour y rejette simplement la transposition du critère préliminaire du changement important dans l'analyse effectuée pour l'application de l'art. 15.2. Le paragraphe 61 de *Miglin* est ainsi rédigé :

Cependant, nous ne sommes pas d'accord [. . .] pour introduire dans l'art. 15.2, lorsqu'il s'agit d'accords antérieurs, le critère du « changement important » développé pour l'art. 17 de la Loi (voir *Willick*, précité). Comme nous le notons précédemment, cette interprétation n'est tout simplement pas étayée par le libellé de la loi. L'article 17 de la Loi impose au tribunal de s'assurer qu'il est survenu un changement, alors qu'il n'en est rien pour l'art. 15.2 en matière de demandes initiales de pension alimentaire. Le paragraphe 15.2(4) exige plutôt du tribunal qu'il tienne compte de la durée de la cohabitation, des fonctions que les parties ont remplies au cours du mariage, et de toute ordonnance, toute entente ou tout arrangement. On ne peut se soustraire à cette directive explicite dont le libellé est impératif.

[88] En toute déférence, cet extrait n'a aucun rapport avec le poids qu'il faut donner à l'accord entre les parties lorsque l'une d'entre elles demande la modification de l'ordonnance initiale à laquelle cet accord est intégré.

[89] Mes collègues citent également le par. 62 de *Miglin*. Or, comme il le précise, ce passage porte

deals with consistency of treatment as between “consensual agreements incorporated into orders and those that are not”. We are here concerned with variation of an order which incorporates an agreement. Paragraphs 60-62 of *Miglin* have nothing to do with the weight to be given to the parties’ agreement in that situation.

(3) *Post-Miglin*

(a) *Brief Overview of the Jurisprudence*

[90] I turn to the question of how the principles from *Miglin* apply to variation applications. Before setting out what in my opinion is the correct answer to this question, it will be useful to canvass briefly the range of views that have emerged on this issue. Even the brief survey that follows shows that clarification is required.

[91] Most courts have concluded that *Miglin* is relevant to applications to vary support orders which incorporate the parties’ comprehensive separation agreement. However, the courts have taken different approaches to *how* the *Miglin* analysis is relevant. Some courts have been uncertain as to whether both steps of *Miglin*’s analysis are applicable: see, e.g., *Kehler v. Kehler*, 2003 MBCA 88, 177 Man. R. (2d) 135, at paras. 23-24; *L. (H.) v. L. (M.H.)*, 2003 BCCA 484, 19 B.C.L.R. (4th) 327, at paras. 19-23. Others have taken the view that *Miglin*’s two-step analysis applies to a variation order, without referring to *Willick: Ambler v. Ambler*, 2004 BCCA 492, 5 R.F.L. (6th) 229, at para. 11; *Spencer v. Spencer*, 2005 SKQB 116, 261 Sask. R. 150, at paras. 9-10. Still others have said that both *Willick* and *Miglin*’s two-step analyses apply: *Turpin v. Clark*, 2009 BCCA 530, 4 B.C.L.R. (5th) 48, at paras. 57-62; *Droit de la famille — 103038*, 2010 QCCA 2074, [2010] R.D.F. 647, at para. 49; see also M. D.-Castelli and D. Goubau, *Le droit de la famille au Québec* (5th ed. 2005), at p. 485; J. Pineau and M. Pratte, *La famille* (2006), at p. 463. Other courts have decided that the approach depends on whether the agreement is a final settlement. If the agreement is a final settlement, both

explicitement sur le traitement cohérent « des ententes consensuelles, qu’elles soient incorporées dans des ordonnances ou non ». La présente affaire vise la modification d’une ordonnance à laquelle une entente est intégrée. Les paragraphes 60 à 62 de *Miglin* n’ont rien à voir avec le poids qu’il faut attribuer à l’accord intervenu entre les parties dans ce cas.

(3) *L’état du droit depuis l’arrêt Miglin*

a) *Bref aperçu de la jurisprudence*

[90] Je passe à la question de savoir comment les principes dégagés de *Miglin* s’appliquent aux demandes de modification. Avant d’exposer ce qui, selon moi, est la bonne réponse à cette question, je crois utile de passer brièvement en revue les opinions exprimées à ce sujet. Même le bref résumé qui suit démontre que des éclaircissements s’imposent.

[91] La plupart des tribunaux ont conclu que l’arrêt *Miglin* s’applique aux demandes de modification d’une ordonnance alimentaire à laquelle est intégré l’accord de séparation global entre les parties. Les tribunaux ont toutefois adopté des approches différentes quant à la *manière* dont l’analyse décrite par *Miglin* est pertinente. Certains d’entre eux n’étaient pas convaincus que les deux volets de cette analyse s’appliquent : voir notamment *Kehler c. Kehler*, 2003 MBCA 88, 177 Man. R. (2d) 135, par. 23-24; *L. (H.) c. L. (M.H.)*, 2003 BCCA 484, 19 B.C.L.R. (4th) 327, par. 19-23. D’autres ont jugé que l’analyse en deux volets proposée dans *Miglin* s’applique à une ordonnance modificative, sans mentionner l’arrêt *Willick : Ambler c. Ambler*, 2004 BCCA 492, 5 R.F.L. (6th) 229, par. 11; *Spencer c. Spencer*, 2005 SKQB 116, 261 Sask. R. 150, par. 9-10. D’autres encore ont affirmé qu’il faut appliquer à la fois l’arrêt *Willick* et l’analyse en deux volets proposée par *Miglin : Turpin c. Clark*, 2009 BCCA 530, 4 B.C.L.R. (5th) 48, par. 57-62; *Droit de la famille — 103038*, 2010 QCCA 2074, [2010] R.D.F. 647, par. 49; voir aussi M. D.-Castelli et D. Goubau, *Le droit de la famille au Québec* (5^e éd. 2005), p. 485; J. Pineau et M. Pratte, *La famille* (2006), p. 463. D’autres tribunaux ont décidé que la

Miglin steps apply. If it is not a final settlement, the *Willick* material change test applies: see, e.g., *Templeton v. Templeton*, 2005 ABCA 133, 363 A.R. 392, at paras. 6-10. Others take the view that the party seeking variation must satisfy both the *Willick* “material change” threshold and the second step in the *Miglin* test: see, e.g., *Kemp v. Kemp*, [2007] O.J. No. 1131 (QL) (S.C.J.), at paras. 61-76. Two prominent commentators have also essentially adopted this view: J. G. McLeod, Annotation to *Dolson v. Dolson* (2004), 7 R.F.L. (6th) 25, at pp. 29-30; Payne and Payne, at pp. 284-86.

(b) *The Correct Analytical Approach*

[92] In my view, when faced with an application to vary a support order under s. 17, courts should refer to the following approach. I address here only variation applications that are subject to the material change threshold under s. 17. I am not intending to address variation applications that are subject to the limitation provided for in s. 17(10).

1. The core of the court’s task when dealing with an application to vary a support order which incorporates the support provisions of the parties’ comprehensive, final separation agreement is to balance the goal of preserving autonomy and certainty with ensuring the support arrangements are in substantial compliance with the overall objectives of the Act.
2. *Willick* establishes the principle that the order for which variation is sought, unless set aside, is assumed to have been correct when made and is not challenged on the variation application. This means that the first step of *Miglin* is generally not relevant on the variation application

marche à suivre dépend de la question de savoir si l’accord constitue un règlement définitif. S’il s’agit d’un règlement définitif, les deux volets de l’analyse prescrite par *Miglin* s’appliquent. Dans le cas contraire, c’est le test du changement important énoncé dans *Willick* qui s’applique : voir notamment *Templeton c. Templeton*, 2005 ABCA 133, 363 A.R. 392, par. 6-10. Selon d’autres tribunaux, la partie qui sollicite la modification de l’ordonnance doit satisfaire à la fois au critère préliminaire du « changement important » énoncé dans *Willick* et au deuxième volet du test établi dans *Miglin* : voir notamment *Kemp c. Kemp*, [2007] O.J. No. 1131 (QL) (C.S.J.), par. 61-76. Deux éminents commentateurs ont aussi adopté essentiellement ce point de vue : J. G. McLeod, Annotation to *Dolson v. Dolson* (2004), 7 R.F.L. (6th) 25, p. 29-30; Payne et Payne, p. 284-286.

b) *La bonne démarche analytique*

[92] À mon avis, les tribunaux saisis d’une demande de modification d’une ordonnance alimentaire en vertu de l’art. 17 doivent s’en remettre à la démarche exposée ci-après. Cette démarche touche uniquement les demandes de modification assujetties au critère préliminaire du changement important sous le régime de l’art. 17. Je n’entends pas me prononcer sur les demandes de modification assujetties à la restriction prévue au par. 17(10).

1. La tâche du tribunal appelé à trancher une demande de modification d’une ordonnance incorporant les dispositions alimentaires de l’accord de séparation global et définitif entre les parties consiste essentiellement à trouver un juste équilibre entre, d’une part, l’objectif de préserver l’autonomie et la certitude et, d’autre part, la nécessité de s’assurer que les arrangements alimentaires sont conformes pour l’essentiel aux objectifs généraux de la Loi.
2. *Willick* établit le principe suivant : l’ordonnance dont la modification est sollicitée, et qui n’a pas été annulée, était juste au moment où elle a été rendue et elle n’est pas contestée dans la demande de modification. Cela signifie que le premier volet de l’analyse proposée dans

because those issues are taken to have been decided when the agreement was incorporated into the order (J. G. McLeod, Annotation to *Ambler v. Ambler* (2004), 5 R.F.L. (6th) 229; McLeod, Annotation to *Dolson*, at pp. 29-30; Payne and Payne, at pp. 285-86).

3. The threshold under s. 17 is that set out in *Willick*, that is, “a change, such that, if known at the time, would likely have resulted in different terms. The corollary to this is that if the matter which is relied on as constituting a change was known at the relevant time it cannot be relied on as the basis for variation” (p. 688). In the context of an application to vary a support order that incorporates the parties’ comprehensive final agreement, a change, in order to be “material”, must be a change that (1) relates to something that was not either expressly addressed by the parties in the agreement or that cannot be taken as having been in their contemplation; and (2) results in the support provision, considered in the context of the entire agreement, no longer being in substantial compliance with the objectives of the Act as a whole.
 4. With respect to point (1), the analysis at step two of *Miglin* should inform the inquiry. A comprehensive and final agreement which contains no review or variation mechanism must be taken to have been entered into in contemplation of the matters expressly dealt with as well as of the sorts of changes in circumstances that were or must have been in the parties’ contemplation at the time of the order (*Miglin*, at para. 89). The test, however, is not simple foreseeability in its broadest sense as virtually any change is foreseeable: see *Miglin*, at para. 89; *G. (L.)*, at para. 51; *Stones v. Stones*, 2004 BCCA 99, 195 B.C.A.C. 41, at paras. 15-16; *Innes v. Innes* (2005), 199 O.A.C. 69 (S.C.J. (Div. Ct.)), at paras. 25-27. Rather, the issue for the court is whether the parties have either expressly contemplated the situation now relied on as a
3. *Miglin* n’est généralement pas pris en compte dans le cadre de la demande de modification parce que l’on suppose que ces questions ont été tranchées au moment où l’accord a été intégré dans l’ordonnance (J. G. McLeod, Annotation to *Ambler v. Ambler* (2004), 5 R.F.L. (6th) 229; McLeod, Annotation to *Dolson*, p. 29-30; Payne et Payne, p. 285-286).
 3. Le critère préliminaire pour l’application de l’art. 17 est énoncé dans *Willick*, soit « un changement qui, s’il avait été connu à l’époque, se serait vraisemblablement traduit par des dispositions différentes. En corollaire, si l’élément qu’on présente comme un changement était connu à l’époque pertinente, il ne pourra être invoqué comme fondement d’une modification » (p. 688). Dans le contexte d’une demande de modification d’une ordonnance alimentaire à laquelle l’accord global et définitif entre les parties est intégré, un changement n’est « important » que s’il (1) concerne un élément dont les parties n’ont pas traité expressément dans l’accord ou qu’elles ne peuvent être présumées avoir envisagé; et (2) fait en sorte que l’ordonnance alimentaire, considérée dans le contexte de l’accord complet, n’est plus conforme pour l’essentiel aux objectifs de la Loi dans son ensemble.
 4. En ce qui concerne le point (1), l’examen doit tenir compte du deuxième volet de l’analyse proposée dans *Miglin*. Un accord global et définitif qui ne prévoit aucune procédure de révision ou de modification doit être présumé avoir envisagé à la fois les éléments qui y sont expressément traités et les types de changements de situation que les parties ont envisagés ou devraient avoir envisagés au moment où l’ordonnance a été rendue (*Miglin*, par. 89). Le critère applicable n’est cependant pas la simple imprévisibilité dans son sens le plus large, car pratiquement tous les changements sont prévisibles : voir *Miglin*, par. 89; *G. (L.)*, par. 51; *Stones c. Stones*, 2004 BCCA 99, 195 B.C.A.C. 41, par. 15-16; *Innes c. Innes* (2005), 199 O.A.C. 69 (C.S.J. (C. div.)), par. 25-27. Le tribunal doit plutôt se demander si les parties

material change or, having regard to the terms of the agreement and the surrounding circumstances, must be taken as having contemplated it. Lambert J.A. put it well in *Stones*, at para. 16, when he said that the matter is one which the parties must have had in contemplation and built into the framing of their agreement. This is consistent with what was said in *Miglin*: the question “is the extent to which the . . . agreement can be said to have contemplated the situation before the court at the time of the application” (para. 89). The converse is also true: the non-occurrence of an event that was contemplated as going to occur may also give rise to a material change in circumstances.

5. With respect to point (2), the relevant part of the analysis from the second step in *Miglin* applies. *Miglin* directs that, when measuring whether the agreement continues in the current circumstances to substantially comply with the objectives of the Act, *all* of the objectives of the Act must be taken into consideration. These include not only the statutory objectives specific to support orders but also the broader objectives of finality, certainty and autonomy that Parliament has endorsed in the Act (*Miglin*, at paras. 53-57 and 91).
6. If a material change is identified, the agreement is also to be considered in determining what variation is justified. Change is not a threshold that permits the court “to jettison the agreement entirely” (*Miglin*, at para. 90). Rather, judges making variation orders under s. 17 should limit themselves to making the appropriate variation, but should not make a fresh order unrelated to the existing one (*Miglin*, at para. 91). I agree with Abella and Rothstein JJ. that the court “should limit itself to making the variation which is appropriate in light of the change” (para. 50).

ont envisagé explicitement la situation maintenant invoquée comme changement important ou s’il faut présumer qu’elles l’ont envisagée, compte tenu des stipulations de l’accord et de l’ensemble des circonstances. Le juge Lambert l’a bien expliqué dans *Stones*, au par. 16, en affirmant qu’il doit s’agir d’un élément que les parties ont dû envisager et qu’elles ont intégré dans leur accord. Cette affirmation va dans le sens des propos tenus dans *Miglin* : il s’agit de savoir « dans quelle mesure on peut dire que l’accord [. . .] a envisagé la situation qui est présentée à la Cour au moment de la demande » (par. 89). La réciproque est également vraie : l’inexistence d’un fait dont la survenance était envisagée peut aussi entraîner un changement de situation important.

5. Quant au point (2), la partie pertinente du deuxième volet de l’analyse proposée dans *Miglin* trouve application. *Miglin* précise qu’il faut prendre en considération *tous* les objectifs de la Loi pour déterminer si, au moment de l’examen, l’accord demeure conforme pour l’essentiel aux objectifs de la Loi. Ceux-ci comprennent non seulement les objectifs législatifs propres aux ordonnances alimentaires, mais aussi les objectifs plus larges du règlement définitif, de la certitude et de l’autonomie que le législateur a adoptés dans la Loi (*Miglin*, par. 53-57 et 91).
6. Si l’on constate un changement important, on doit aussi tenir compte de l’accord pour déterminer quelle modification s’impose. Le changement n’est pas un critère préliminaire qui permet au tribunal « d’écarter totalement l’accord » (*Miglin*, par. 90). Les juges qui rendent des ordonnances modificatives en vertu de l’art. 17 doivent plutôt se limiter à apporter la modification qui s’impose, sans soupeser l’ensemble des facteurs en vue de rendre une nouvelle ordonnance totalement distincte de l’ordonnance existante (*Miglin*, par. 91). Je conviens avec les juges Abella et Rothstein que le tribunal « doit se limiter à apporter la modification qui s’impose en raison du changement » (par. 50).

D. Application

[93] The parties separated in April 2002 and were divorced on May 13, 2003. On April 30, 2003, the parties entered into a “Consent to Judgment on Provisional Measures and Accessory Measures” which I will refer to as the agreement. Each party was represented by counsel.

[94] The 17-page agreement was comprehensive, addressing in detail custody, access, child and spousal support and partition of the family patrimony. It recited that the parties wished to enter into a final agreement settling all of the provisional and accessory measures including, among other things, spousal support. The agreement noted that the former wife was receiving disability insurance and provided for indexed spousal support without time limit or mechanism for review.

[95] The husband was at all times fully aware of his wife’s medical condition. In fact, the evidence showed that both before and after separation, he made representations to her disability insurer, to pension personnel and to tax authorities that she was unable to work. For example, he wrote to tax authorities on August 12, 2002 (about five months after the separation, but about eight months before the separation agreement was signed in April of 2003), asking for a cancellation of interest and penalties imposed on him, pleading inability to pay. In addition to other matters which the husband relied on to support his request to the tax authorities, he referred to [TRANSLATION] “the precarious and greatly deteriorated state of health of my wife, who has experienced six (6) new attacks of multiple sclerosis over the past two (2) years”.

[96] As called for by the agreement, its provisions were incorporated into a court order (dated May 13, 2003), including those relating to indexed spousal support (with no time limit or provision for automatic review) payable by the husband to the wife in the amount of \$3,688 per month. The preamble

D. Application

[93] Les parties se sont séparées en avril 2002 et ont divorcé le 13 mai 2003. Le 30 avril 2003, les parties ont signé un [TRADUCTION] « Consentement à jugement sur les mesures temporaires et les mesures accessoires » que j’appellerai l’accord. Elles étaient toutes deux représentées par un avocat.

[94] L’accord de 17 pages est complet et traite en détail de la garde, des droits de visite et de la pension alimentaire pour les enfants, de la pension alimentaire au profit de l’épouse et du partage du patrimoine familial. L’accord mentionne la volonté des parties de conclure un règlement définitif établissant toutes les mesures provisoires et accessoires, y compris la pension alimentaire au profit de l’épouse. L’accord mentionnait que l’épouse touchait des prestations d’assurance-invalidité, et il prévoyait le versement d’une pension alimentaire indexée au profit de l’épouse, sans en limiter la durée ni l’assujettir à un processus de révision.

[95] L’époux a toujours été pleinement conscient de l’état de santé de son épouse. En fait, la preuve démontre qu’il a affirmé, tant avant qu’après la séparation, à l’assureur invalidité de son épouse, aux responsables des pensions et au fisc qu’elle était inapte au travail. Par exemple, il a écrit au fisc le 12 août 2002 (environ cinq mois après la séparation, mais environ huit mois avant la signature de l’accord de séparation en avril 2003) pour lui demander d’annuler les intérêts et les pénalités qui lui avaient été imposés, se disant incapable de les payer. Outre les autres éléments qu’il a invoqués à l’appui de sa demande adressée au fisc, l’époux a mentionné « l’état de santé précaire et grandement détérioré de mon épouse, laquelle a subi six (6) nouvelles poussées de sclérose en plaque[s] au cours des deux (2) dernières années ».

[96] Comme le stipulait l’accord, ses dispositions ont été intégrées dans une ordonnance judiciaire (datée du 13 mai 2003), notamment celles prévoyant une pension alimentaire indexée de 3 688 \$ par mois, payable par l’époux au profit de l’épouse (sans durée limitée ni révision automatique). Le

to the order states that the parties took into account the criteria set out in s. 15.2(4) of the *Divorce Act* and those set out in s. 15.2(6).

[97] In my respectful view, the Court of Appeal erred in finding that there had been a change in the “means, needs or other circumstances of either former spouse” since the making of the spousal support order which would justify varying it under s. 17(4.1) of the Act. While I am of the view that the agreement in this case should receive greater weight than my colleagues believe, I nonetheless agree with the conclusion found at para. 60 of their reasons that there has not been a material change in circumstances in this case.

[98] The parties reached a comprehensive agreement that they intended to be a final settlement of all the outstanding issues between them. The husband knew his wife had multiple sclerosis and could not be expected to seek employment outside the home. The agreement provided for spousal support that was not time-limited or subject to any review mechanism set out in the agreement and was indexed. In light of the terms of the agreement and the circumstances known to the parties at the time, the fact that the wife would not seek employment outside the home must be taken to have been contemplated by their agreement. The wife’s failure to search for work cannot be viewed as a circumstance that departed from the reasonable outcomes anticipated by the parties in framing the agreement (*Miglin*, at para. 91). This was not something that “if known at the time, would likely have resulted in different terms” (*Willick*, at p. 688).

[99] I agree with my colleagues that the findings of the judge at first instance that the wife was capable of working outside the home and that she should seek to become economically self-sufficient are not sustainable in light of the circumstances at the time the original order was made (paras. 52-56).

préambule de l’ordonnance mentionne que les parties ont tenu compte des critères énumérés au par. 15.2(4) de la *Loi sur le divorce* et de ceux énoncés au par. 15.2(6).

[97] À mon avis, la Cour d’appel a conclu à tort qu’il était survenu un changement dans « les ressources, les besoins ou, d’une façon générale, la situation de l’un ou l’autre des ex-époux » depuis le prononcé de l’ordonnance alimentaire au profit de l’épouse, dont la modification aurait été justifiée par un tel changement au titre du par. 17(4.1) de la Loi. Bien que j’estime qu’il faut ici donner à l’accord plus de poids que le pensent mes collègues, je souscris à leur conclusion, exprimée au par. 60 de leurs motifs, selon laquelle il n’est survenu aucun changement de situation important en l’espèce.

[98] Les parties ont conclu un accord global visant à régler de manière définitive toutes les questions qui les opposaient. L’époux savait que son épouse avait la sclérose en plaques et qu’on ne pouvait pas s’attendre à ce qu’elle cherche un emploi à l’extérieur du foyer. L’accord prévoyait le versement d’une pension alimentaire indexée au profit de l’épouse, sans en limiter la durée ni l’assujettir à un processus de révision quelconque fixé dans l’accord. Vu les stipulations de l’accord et les circonstances connues des parties à l’époque, il faut présumer que l’accord envisageait le fait que l’épouse ne chercherait pas un emploi à l’extérieur du foyer. On ne peut considérer que l’omission de l’épouse de chercher un emploi représente un écart important par rapport à la gamme des résultats raisonnables qu’anticipaient les parties lorsqu’elles ont rédigé l’accord (*Miglin*, par. 91). Il ne s’agissait pas d’un élément qui, « s’il avait été connu à l’époque, se serait vraisemblablement traduit par des dispositions différentes » (*Willick*, p. 688).

[99] Je conviens avec mes collègues que les conclusions que l’épouse pouvait travailler à l’extérieur du foyer et qu’elle devrait essayer d’acquiescer son autonomie financière, tirées par la juge du procès, sont insoutenables compte tenu de la situation existante au moment où l’ordonnance initiale a été rendue (par. 52-56).

[100] I would therefore join Abella and Rothstein JJ. in proposing to allow the appeal with costs throughout.

Appeal allowed with costs.

Solicitors for the appellant: Miriam Grassby & Associés, Montréal.

Solicitors for the respondent: Devine, Schachter, Polak, Westmount, Quebec.

Solicitors for the interveners: Goldwater, Dubé, Westmount, Quebec.

[100] Je me joins donc aux juges Abella et Rothstein pour proposer d'accueillir le pourvoi avec dépens devant toutes les cours.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureurs de l'appelante : Miriam Grassby & Associés, Montréal.

Procureurs de l'intimé : Devine, Schachter, Polak, Westmount, Québec.

Procureurs des intervenants : Goldwater, Dubé, Westmount, Québec.

R.P. Appellant

v.

R.C. Respondent**INDEXED AS: R.P. v. R.C.****2011 SCC 65**

File No.: 33698.

2011: April 20; 2011: December 21.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Family law — Support — Spousal support — Variation — Material change in circumstances — Husband applying to terminate spousal support order on basis of his retirement and the market downturn — Husband not adducing evidence of his financial circumstances at time of original support order or of status of investments at the time of variation — Order gradually reducing then terminating support for 80-year-old wife — Whether husband had established that there had been a material change in circumstances since the original support order — Divorce Act, R.S.C. 1985, c. 3 (2nd Supp.), s. 17(4.1) — Rules of practice of the Superior Court of Québec in family matters, R.R.Q. 1981, c. C-25, r. 9, rule 39.

The parties were married in 1958, separated in 1974 and divorced in 1984. At the time of separation, the wife remained in the matrimonial home with their two children and she now resides there alone. The husband was ordered to pay spousal and child support in the combined amount of \$1,950 per month. In 1991, after the children no longer resided with the wife, the husband was ordered to pay \$2,000 per month (indexed) in spousal support. At the time, because he did not contest his capacity to pay support, he did not file a sworn statement setting out his financial circumstances. In 2006, he retired and sold the house where he and his second wife lived, realizing the sum of \$2 million. In 2008, he applied to terminate spousal support based on the facts that he no longer had employment income, that the market downturn had a negative impact on his

R.P. Appelante

c.

R.C. Intimé**RÉPERTORIÉ : R.P. c. R.C.****2011 CSC 65**

N° du greffe : 33698.

2011 : 20 avril; 2011 : 21 décembre.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit de la famille — Aliments — Pension alimentaire au profit d'un époux — Modification — Changement de situation important — Demande de cessation de l'ordonnance alimentaire au profit de l'épouse en raison de la retraite de l'époux et du repli du marché — Aucune preuve produite par l'époux concernant sa situation financière au moment de l'ordonnance alimentaire initiale ou l'état de ses placements au moment de la demande de modification — Ordonnance de réduction graduelle, puis de cessation de la pension alimentaire au profit de l'épouse âgée de 80 ans — L'époux a-t-il établi la survenance d'un changement de situation important depuis l'ordonnance alimentaire initiale? — Loi sur le divorce, L.R.C. 1985, ch. 3 (2^e suppl.), art. 17(4.1) — Règles de pratique de la Cour supérieure du Québec en matière familiale, R.R.Q. 1981, ch. C-25, r. 9, règle 39.

Les parties se sont mariées en 1958, se sont séparées en 1974 et ont divorcé en 1984. Au moment de la séparation, l'épouse est demeurée avec ses deux enfants dans la résidence familiale et elle y habite maintenant seule. L'époux s'est vu ordonner de verser une pension alimentaire au profit de l'épouse et une pension alimentaire pour enfants totalisant 1 950 \$ par mois. En 1991, les enfants n'habitent plus avec leur mère, l'époux s'est vu ordonner de verser une pension alimentaire indexée au profit de l'épouse de 2 000 \$ par mois. À l'époque, il n'a pas contesté sa capacité de verser une pension alimentaire et n'a par conséquent pas déposé d'état assermenté de sa situation financière. En 2006, il a pris sa retraite et lui et sa deuxième épouse ont vendu la maison dans laquelle ils habitaient; ils ont ainsi touché la somme de deux millions de dollars. En

assets, and that he had a son in university. At the time of the hearing in 2009, the husband was 71 and his former wife was 80. The trial judge held that because of the economic downturn and the husband's retirement, there had been a material change in circumstances justifying a variation of the amount of spousal support to \$1,500 per month, unindexed. Both parties appealed. The Court of Appeal upheld the variation and found that the trial judge did not need to know what the husband's financial circumstances were when the original order was made. It ordered that support be gradually reduced and that payments terminate in September, 2010. The wife appealed to this Court.

Held: The appeal should be allowed and the 1991 Order should be restored.

Per Binnie, LeBel, Deschamps, Abella and Rothstein JJ.: Under s. 17(4.1) of the *Divorce Act*, the moving party must establish that there has been a material change of circumstances since the making of the prior order or variation. To be material, in accordance with *L.M.P. v. L.S.*, 2011 SCC 64, [2011] 3 S.C.R. 775, a change must be one which, if known at the time, would likely have resulted in different terms to the existing order. On an application to vary, the court should consider the terms of the order and the circumstances of the parties at the time the order was made to determine whether a particular change is material. The existing order is deemed to have been correct when it was made, and only if the requirements of s. 17 of the *Divorce Act* are met will there be a variation. In this case, the question was whether there was a material change in the husband's circumstances since the 1991 Order. His application should be dismissed because there are two crucial evidentiary gaps. First, there is no information about whether he sold any of his investments — and thereby crystallized his losses — when they declined in value in late 2008. He cannot, without more, simply cherry-pick a date on which his investments decreased in value to claim that a material change of circumstances has occurred. The second gap is that there is no evidence in the record about the husband's financial circumstances in 1991 when the Order was made. There is therefore no evidence from which reasonable inferences can be drawn about how the husband's financial circumstances have changed. The husband's acknowledgment of sufficient resources in prior proceedings does not relieve him of his evidentiary and legal burdens in this one. These gaps mean that there is no way of measuring whether there has been any material change that would

2008, il a demandé la cessation de la pension alimentaire au profit de l'épouse en plaçant qu'il ne recevait plus de revenu de travail, que le repli du marché avait eu une incidence négative sur son actif et que son fils fréquentait l'université. Au moment du procès, en 2009, l'époux avait 71 ans et sa première épouse en avait 80. Selon la juge du procès, la conjoncture économique difficile et la retraite de l'époux constituaient un changement de situation important justifiant la réduction du montant de la pension alimentaire à 1 500 \$ par mois, sans indexation. Les deux parties ont interjeté appel. La Cour d'appel a confirmé la modification et statué qu'il n'était pas nécessaire que la juge du procès sache quelle était la situation financière de l'époux au moment de l'ordonnance initiale. Elle a ordonné une réduction graduelle de la pension et sa cessation en septembre 2010. L'épouse s'est pourvue devant notre Cour.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli et l'ordonnance de 1991 est rétablie.

Les juges Binnie, LeBel, Deschamps, Abella et Rothstein : Selon le par. 17(4.1) de la *Loi sur le divorce*, la partie qui demande la modification d'une ordonnance alimentaire doit établir qu'il est survenu un changement de situation important depuis que cette ordonnance ou l'ordonnance modificative de celle-ci a été rendue. Selon *L.M.P. c. L.S.*, 2011 CSC 64, [2011] 3 R.C.S. 775, un changement important est un changement qui, s'il avait été connu à l'époque, se serait vraisemblablement traduit par des dispositions différentes dans l'ordonnance existante. Le tribunal saisi d'une demande de modification doit prendre en considération les dispositions de l'ordonnance et la situation des parties au moment où l'ordonnance a été rendue, pour déterminer si un changement donné est important. L'ordonnance existante est réputée avoir été bien fondée au moment où elle a été rendue et elle ne sera modifiée que s'il est satisfait aux conditions prévues à l'art. 17 de la *Loi sur le divorce*. En l'espèce, il s'agit de déterminer s'il est survenu un changement important dans la situation de l'époux depuis l'ordonnance de 1991. Sa demande doit être rejetée parce que la preuve comporte deux lacunes cruciales. Premièrement, le dossier ne contient aucun renseignement sur la question de savoir s'il a vendu l'un de ses placements, et concrétisé ainsi sa perte, lorsque leur valeur a diminué à la fin de 2008. Il ne peut simplement choisir à son gré une date à laquelle ses placements ont chuté et, sans plus, plaider un changement de circonstances important. Deuxièmement, il n'y a absolument rien dans le dossier au sujet de la situation financière de l'époux en 1991 lorsque l'ordonnance initiale a été rendue. Il n'existe donc aucune preuve permettant de tirer des conclusions raisonnables sur le changement qui serait survenu dans la situation financière

entitle the husband to a variation of spousal support. The husband was required by the *Divorce Act* and the *Rules of practice of the Superior Court of Québec in family matters*, to identify the change relied on and to provide sufficient evidence to enable a court to decide whether a material change in his circumstances had in fact occurred since the making of the 1991 Order. Since he has produced no evidentiary foundation for a variation order under s. 17, his application is dismissed.

Per McLachlin C.J. and Cromwell J.: We concur with the majority that the respondent's application to adduce fresh evidence should be dismissed, that the appeal should be allowed with costs throughout and that the terms of the 1991 Order of the Court of Appeal should be restored for the reasons given at para. 47.

Cases Cited

By Abella and Rothstein JJ.

Applied: *L.M.P. v. L.S.*, 2011 SCC 64, [2011] 3 R.C.S. 775; **referred to:** *Droit de la famille — 705*, [1989] R.D.F. 603; *Moge v. Moge*, [1992] 3 S.C.R. 813; *Palmer v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 759; *Public School Boards' Assn. of Alberta v. Alberta (Attorney General)*, 2000 SCC 2, [2000] 1 S.C.R. 44.

Statutes and Regulations Cited

Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25, art. 509.

Divorce Act, R.S.C. 1985, c. 3 (2nd Supp.), s. 17(4.1).

Rules of practice of the Superior Court of Québec in family matters, R.R.Q. 1981, c. C-25, r. 9, rules 21 [am. (1985) 117 G.O.Q. II, 340, s. 3], 22 [am. (1990) 122 G.O.Q. II, 2655, s. 2], 28 [am. (1998) 130 G.O.Q. II, 4382, s. 2], 39 [*idem*].

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Rochon, Dufresne and Léger JJ.A.), 2010 QCCA 478 (CanLII), SOQUIJ AZ-50616979, [2010] J.Q. n° 1959 (QL), 2010 CarswellQue 2053, affirming in part a decision of Samoisette J., 2009 QCCS 1304 (CanLII), SOQUIJ AZ-50546839, [2009] J.Q. n° 2624 (QL), 2009 CarswellQue 2885. Appeal allowed.

de l'époux. Le fait que l'époux ait admis disposer de ressources suffisantes dans une instance antérieure ne saurait le dispenser des obligations que lui impose la loi et du fardeau de preuve correspondant dans la présente instance. Vu ces lacunes, il est impossible d'établir l'existence d'un quelconque changement important qui permettrait à l'époux d'obtenir une modification de la pension alimentaire au profit de l'épouse. La *Loi sur le divorce* et les *Règles de pratique de la Cour supérieure du Québec en matière familiale* obligeaient l'époux à préciser le changement sur lequel il se fondait et à produire une preuve suffisante pour permettre au tribunal de décider s'il était effectivement survenu un changement important dans sa situation depuis le prononcé de l'ordonnance de 1991. Comme il n'a fourni aucun fondement pour étayer son droit à une modification en vertu de l'art. 17, sa demande est rejetée.

La juge en chef McLachlin et le juge Cromwell : Il y a accord avec l'opinion de la majorité selon laquelle la demande de l'intimé en vue de produire un nouvel élément de preuve doit être rejetée, l'appel doit être accueilli avec dépens devant toutes les cours et l'ordonnance de 1991 de la Cour d'appel doit être rétablie pour les motifs exprimés au par. 47.

Jurisprudence

Citée par les juges Abella et Rothstein

Arrêt appliqué : *L.M.P. c. L.S.*, 2011 CSC 64, [2011] 3 R.C.S. 775; **arrêts mentionnés :** *Droit de la famille — 705*, [1989] R.D.F. 603; *Moge c. Moge*, [1992] 3 R.C.S. 813; *Palmer c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 759; *Public School Boards' Assn. of Alberta c. Alberta (Procureur général)*, 2000 CSC 2, [2000] 1 R.C.S. 44.

Lois et règlements cités

Code de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25, art. 509.

Loi sur le divorce, L.R.C. 1985, ch. 3 (2^e suppl.), art. 17(4.1).

Règles de pratique de la Cour supérieure du Québec en matière familiale, R.R.Q. 1981, ch. C-25, r. 9, règles 21 [mod. (1985) 117 G.O.Q. II, 521, art. 3], 22 [mod. (1990) 122 G.O.Q. II, 3926, art. 2], 28 [mod. (1998) 130 G.O.Q. II, 5906, art. 2], 39 [*idem*].

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (les juges Rochon, Dufresne et Léger), 2010 QCCA 478 (CanLII), SOQUIJ AZ-50616979, [2010] J.Q. n° 1959 (QL), 2010 CarswellQue 2053, qui a confirmé en partie une décision de la juge Samoisette, 2009 QCCS 1304 (CanLII), SOQUIJ AZ-50546839, [2009] J.Q. n° 2624 (QL), 2009 CarswellQue 2885. Pourvoi accueilli.

Julius H. Grey, for the appellant.

Robert Teitelbaum, for the respondent.

The judgment of Binnie, LeBel, Deschamps, Abella and Rothstein JJ. was delivered by

ABELLA AND ROTHSTEIN JJ. —

Introduction

[1] R.P. seeks to have this Court reverse the judgment of the Court of Appeal which varied a 1991 spousal support order requiring R.C., her former husband, to pay spousal support. Like its companion case *L.M.P. v. L.S.*, 2011 SCC 64, [2011] 3 S.C.R. 775 (“*L.M.P.*”), this appeal deals with a variation application under s. 17(4.1) of the *Divorce Act*, R.S.C. 1985, c. 3 (2nd Supp.).

[2] Based on the analysis in *L.M.P.*, we would allow the appeal. In our view, the husband has failed to establish that there has been a material change in his circumstances.

Background

[3] The parties were married in 1958. They had two children, born in 1963 and 1966. They separated in 1974 and were divorced in 1984. At the time of the divorce, the wife was 55 and the husband was 46.

[4] When they divorced, the husband was ordered to pay spousal and child support in the combined amount of \$1,950 per month. When the parties separated in 1974, the wife retained the matrimonial home and continues to live there by herself.

[5] The husband remarried in 1985. He and his second wife have a son who, at the time of trial, was attending university.

[6] In 1995, the husband, who owned a file storage company, sold his business. That same year, he bought a home, which was put in his second wife’s name. In 1996, the husband began operating an

Julius H. Grey, pour l’appelante.

Robert Teitelbaum, pour l’intimé.

Version française du jugement des juges Binnie, LeBel, Deschamps, Abella et Rothstein rendu par

LES JUGES ABELLA ET ROTHSTEIN —

Introduction

[1] R.P. demande à notre Cour d’annuler le jugement de la Cour d’appel qui a modifié une ordonnance alimentaire de 1991 enjoignant à R.C., son ex-époux, de lui verser une pension alimentaire. À l’instar du pourvoi connexe *L.M.P. c. L.S.*, 2011 CSC 64, [2011] 3 R.C.S. 775 (« *L.M.P.* »), le présent pourvoi concerne une demande de modification présentée en vertu du par. 17(4.1) de la *Loi sur le divorce*, L.R.C. 1985, ch. 3 (2^e suppl.).

[2] Suivant la méthode d’analyse exposée dans *L.M.P.*, nous sommes d’avis d’accueillir le pourvoi. Selon nous, l’époux n’a pas prouvé qu’il est survenu un changement important dans sa situation.

Contexte

[3] Les parties se sont mariées en 1958. Elles ont eu deux enfants, nés en 1963 et 1966. Elles se sont séparées en 1974 et elles ont divorcé en 1984. Lorsque le divorce a été prononcé, l’épouse avait 55 ans tandis que l’époux était âgé de 46 ans.

[4] Au moment du divorce, l’époux s’est vu ordonner de verser une pension alimentaire au profit de l’épouse et une pension alimentaire pour enfants totalisant 1 950 \$ par mois. Lorsque les parties se sont séparées en 1974, l’épouse a conservé la résidence familiale et elle y habite toujours seule.

[5] L’époux s’est remarié en 1985. Lui et sa deuxième épouse ont un fils qui fréquentait l’université au moment du procès.

[6] L’époux, qui possédait une entreprise d’entreposage de dossiers, l’a vendue en 1995. La même année, il a acheté une maison qui a été inscrite au nom de sa deuxième épouse. En 1996, il a

antiques business and his second wife worked with him.

[7] In 1987, the husband sought to reduce the amount of support he was paying, and applied for a reduction in the amount based on the fact that the children no longer lived with their mother. His application was amended in 1988 to request a termination of both child and spousal support. There was a cross-application for increased spousal support.

[8] The husband was successful on his application. In 1991, the Court of Appeal allowed an appeal by the wife and ordered the husband to pay her \$2,000 per month (indexed) in spousal support (the “1991 Order”). The court held that despite her best efforts, the wife had never been able to become financially independent because of her domestic responsibilities.

[9] The husband did not contest his capacity to pay support, but rather denied the wife’s entitlement. That meant that his means were not in issue, and neither the decisions of the Superior Court nor the Court of Appeal contain any information as to his financial circumstances at the time.

[10] Following the 1991 Order, the parties executed an agreement to substitute a surety which was incorporated into a consent judgment (the “Surety Order”). The Surety Order replaced hypothecs the wife had registered against the husband’s property with an irrevocable banking letter of credit. Both parties were represented by counsel when they entered into that agreement.

[11] In clause 1(c) of the Surety Order, the husband renounced his right to request a diminution or cancellation of spousal support based on a change in the wife’s circumstances. It states:

[TRANSLATION] . . . furthermore, the applicant hereby renounces his right to seek a reduction and/or cancellation of the support payable to the respondent on the

commencé à exploiter une boutique d’antiquités et sa deuxième épouse travaillait avec lui.

[7] En 1987, l’époux a demandé la réduction de la pension alimentaire qu’il payait en s’appuyant sur le fait que les enfants n’habitaient plus avec leur mère. Il a modifié sa demande en 1988 afin de solliciter la cessation de la pension alimentaire pour enfants et de la pension alimentaire au profit de l’épouse. Celle-ci a alors déposé une demande reconventionnelle sollicitant une augmentation de la pension alimentaire au profit de l’épouse.

[8] La demande de l’époux a été accueillie. En 1991, la Cour d’appel a accueilli l’appel interjeté par l’épouse et ordonné à l’époux de lui verser une pension alimentaire au profit de l’épouse (indexée) de 2 000 \$ par mois (l’« ordonnance de 1991 »). La Cour d’appel a conclu que, bien que l’épouse ait fait tout ce qu’elle pouvait pour acquérir son indépendance économique, elle n’y était pas parvenue en raison de ses responsabilités domestiques.

[9] L’époux n’a pas contesté sa capacité de payer une pension alimentaire, mais il a nié le droit de l’épouse d’en recevoir une. Les moyens de l’époux n’étaient donc pas en litige et ni la décision de la Cour supérieure, ni celle de la Cour d’appel ne contiennent quelque renseignement que ce soit sur sa situation financière à l’époque.

[10] À la suite de l’ordonnance de 1991, les parties ont signé une entente, qui a été intégrée dans un jugement sur consentement (l’« ordonnance sur la sûreté »), afin de substituer une lettre de crédit irrévocable aux hypothèques que l’épouse avait enregistrées sur l’immeuble de l’époux. Les deux parties étaient représentées par un avocat lorsqu’elles ont signé cette entente.

[11] À la clause 1c) de l’ordonnance sur la sûreté, l’époux renonce à son droit d’invoquer un changement dans la situation de l’épouse pour demander la diminution ou l’annulation de la pension alimentaire qu’il devait lui verser. Cette clause prévoyait :

. . . de plus, le requérant renonce par les présentes à son droit de demander la diminution et/ou l’annulation de la pension alimentaire payable à l’intimée au

basis of a change in the respondent's circumstances, particularly, but without limiting the generality of the foregoing, should the respondent sell her house, should she remarry or enter into a *de facto* union, when she begins receiving her old age pension, or should she earn income from any source whatsoever; [Emphasis added.]

[12] The parties were back before the courts in 2005 when the husband applied to change the surety and substitute a sum of money for an irrevocable letter of credit. His application was denied.

[13] In 2006, the husband shut down his antiques business and decided to retire. That same year, the home of the husband and his second wife was sold and they moved into an apartment. The subsequent division of the proceeds resulted in each of them getting \$1,000,000 which they invested separately in 2006 expecting to receive annual investment income of 7 to 8%.

Judicial History

[14] In 2008, the husband applied to terminate his spousal support obligations under the 1991 Order based on the fact that there had been a material change in his circumstances, namely, that his retirement meant he no longer had employment income, and the market downturn had a negative impact on his assets. This, plus his financial assistance to his son who was in university, meant that he was no longer able to pay support.

[15] The trial judge, Samoisette J., accepted that he had investments worth over half a million dollars.

[16] At the time of trial in January 2009, the husband was 71 and his former wife was 80.

[17] The trial judge found that by virtue of clause 1(c) of the Surety Order, the husband could not rely on a material change in the wife's circumstances to seek a variation in support, but that nothing in that clause prevented him from relying on a change in his own circumstances. In her view, the combined facts of the husband's most recent retirement and

motif d'un changement de la situation de l'intimée dont notamment, et non limitativement, dans le cas où l'intimée vendrait sa maison, dans le cas où l'intimée se remari[erait] ou dans le cas de concubinage, lorsque l'intimée recevra sa pension de vieillesse ou encore si elle tire un revenu de quelque source que ce soit; [Nous soulignons.]

[12] Les parties sont revenues devant les tribunaux en 2005, lorsque l'époux a demandé une modification de la sûreté afin de substituer une somme d'argent à la lettre de crédit irrévocable. Sa demande a été rejetée.

[13] En 2006, l'époux a fermé sa boutique d'antiquités et pris sa retraite. La même année, lui et sa deuxième épouse ont vendu leur maison et ont emménagé dans un appartement. Lors du partage du produit de la vente, ils ont reçu chacun un montant d'un million de dollars qu'ils ont placé séparément en 2006, en s'attendant à en tirer un revenu annuel de 7 à 8 %.

Historique judiciaire

[14] En 2008, l'époux a demandé la cessation des obligations alimentaires au profit de l'épouse que lui imposait l'ordonnance de 1991, en invoquant un changement important dans sa propre situation : il ne touchait plus de revenu de travail en raison de son départ à la retraite et le repli du marché avait eu une incidence négative sur son actif. Ces faits, combinés à l'aide financière qu'il fournissait à son fils étudiant à l'université, l'empêchaient désormais de verser une pension alimentaire.

[15] En première instance, la juge Samoisette a ajouté foi à l'affirmation que l'époux avait plus d'un demi-million de dollars en placements.

[16] Lors du procès, en janvier 2009, l'époux avait 71 ans et sa première épouse en avait 80.

[17] Selon la juge de première instance, la clause 1c) de l'ordonnance sur la sûreté empêchait l'époux de s'appuyer sur un changement important dans la situation de l'épouse pour demander une modification de la pension alimentaire au profit de cette dernière, mais ne l'empêchait aucunement d'invoquer un changement de sa propre situation.

the difficult economic climate represented a material change in circumstances justifying a variation of the amount of spousal support ordered in 1991 from a \$2,000 indexed monthly amount (\$2,911 per month by the time of trial) to \$1,500 per month, unindexed. She made no reference to the financial circumstances of the wife when analysing whether there had been a material change or in determining the appropriate amount of support, nor did she make any reference to or findings about her expenses.

[18] The wife appealed, arguing that there was no material change of circumstances justifying a variation in spousal support. The husband cross-appealed, arguing that the trial judge had erred by not taking the wife's financial circumstances into account when determining the appropriate variation. Writing for a unanimous court, Léger J.A. dismissed the wife's appeal and allowed the husband's cross-appeal.

[19] After the 2009 hearing before the Court of Appeal but before it rendered its decision, the wife brought a motion asking the court to require updated evidence from the parties about their assets. She relied on a newspaper article which indicated "that, on the whole, [investment] holdings have rebounded". The wife argued that it would be "wrong to decide this case on the basis of a state of affairs . . . which now appears not to reflect the situation of most Canadian investors". The husband objected.

[20] The Court of Appeal rejected her application. Léger J.A. found that the proposed fresh evidence did not meet the necessary criteria under art. 509 of the *Code of Civil Procedure*, R.S.Q., c. C-25.

[21] On the merits of the appeal, Léger J.A. concluded that there was no error in the trial judge's finding that, based on his retirement and on [TRANSLATION] "the subsequent increased volatility of the economy", there had been a material

À son avis, la combinaison de la retraite toute récente de l'époux et de la conjoncture économique difficile constituait un changement de situation important qui justifiait que la pension alimentaire indexée de 2 000 \$ par mois qui avait été fixée en 1991 (et qui s'élevait à 2 911 \$ par mois au moment du procès) soit réduite à 1 500 \$ par mois, sans indexation. La juge n'a pas mentionné la situation financière de l'épouse en se prononçant sur l'existence d'un changement important ou sur le montant de la pension alimentaire qu'il convenait d'accorder, et elle n'a pas non plus fait allusion aux dépenses de l'épouse ni tiré de conclusion à leur égard.

[18] L'épouse a interjeté appel, soutenant qu'aucun changement de situation important justifiant une modification de la pension alimentaire à son profit n'était survenu. L'époux a formé un appel incident en faisant valoir que la juge de première instance avait eu tort de ne pas prendre en considération la situation financière de l'épouse pour déterminer quelle modification s'imposait. Dans un jugement unanime, le juge Léger a rejeté l'appel de l'épouse et accueilli l'appel incident de l'époux.

[19] Entre l'audience devant la Cour d'appel, en 2009, et le prononcé de sa décision, l'épouse a demandé par requête à la cour de contraindre les parties à produire des éléments de preuve à jour concernant leur actif. Elle se fondait sur un article de journal indiquant [TRADUCTION] « que, dans l'ensemble, les titres ont rebondi ». L'épouse faisait valoir qu'il serait « erroné de trancher l'affaire sur la base d'un état de fait [. . .] qui ne semble plus refléter la situation de la plupart des investisseurs canadiens ». L'époux s'est opposé à la requête.

[20] La Cour d'appel a rejeté cette requête. Le juge Léger a estimé que la preuve nouvelle proposée ne satisfaisait pas aux critères prévus à l'art. 509 du *Code de procédure civile*, L.R.Q., ch. C-25.

[21] Quant au fond de l'appel, le juge Léger a conclu que la juge du procès avait conclu à bon droit à l'existence d'un changement important dans la situation de l'époux étant donné sa retraite et « le contexte économique devenu depuis plus volatile ».

change in the husband's circumstances. Those facts alone were sufficient and the trial judge did not need to know what the husband's financial circumstances were when the order was made in 1991 to determine whether a material change had occurred.

[22] In allowing the husband's cross-appeal, Léger J.A. found that the trial judge erred in analysing the variation amount based solely on the means of the husband. In his view, the Surety Order was not an obstacle to considering the situation of both parties to determine the appropriate variation.

[23] On the basis of the financial situation of both parties, the Court of Appeal concluded that given their ages and assets, support should be terminated. In the absence of trial findings about the wife's full financial picture and without updated information about the husband's assets, the court concluded that the parties had roughly equal assets, and that it would be inequitable not to take into account the value of the wife's home.

[24] In the court's opinion, part of the wife's expenses arose from the costs of living alone in her home worth \$344,600. The wife could not force the husband to continue to pay her spousal support on the basis of where she chose to live. Were she to sell her house, many of her expenses would be eliminated and the amount she would save would assist in covering the costs of her being able to rent new accommodation. Accordingly, the court ordered that the reduced monthly amount of \$1,500 be paid from the time of the trial judgment until March 31, 2010, and a monthly amount of \$800 be paid from April 1, 2010, until September 30, 2010. After that time, there was to be no more support.

Analysis

[25] Under s. 17(4.1) of the *Divorce Act*, the moving party must establish that there has been a material change of circumstances since the making

Ces faits suffisaient à eux seuls et la juge du procès n'avait pas à savoir quelle était la situation financière de l'époux au moment du prononcé de l'ordonnance de 1991 pour décider s'il était survenu un changement important.

[22] En accueillant l'appel incident formé par l'époux, le juge Léger a conclu que la juge du procès avait analysé à tort le montant de la modification en se fondant seulement sur les moyens de l'époux. D'après le juge Léger, l'ordonnance sur la sûreté n'empêchait pas le tribunal d'examiner la situation des deux parties pour décider de la modification qui s'imposait.

[23] Vu la situation financière des deux parties, la Cour d'appel a jugé que, compte tenu de leur âge et de leur actif respectif, la pension alimentaire devait prendre fin. En l'absence de conclusions tirées au procès quant à la situation financière globale de l'épouse et de renseignements à jour sur l'actif de l'époux, la Cour d'appel a conclu que les actifs des parties étaient à peu près d'égale valeur et qu'il serait inéquitable de ne pas prendre en considération la valeur de la résidence de l'épouse.

[24] La Cour d'appel estimait qu'une partie des dépenses de l'épouse découlait des frais afférents au fait qu'elle vivait seule dans sa résidence d'une valeur de 344 600 \$. L'épouse ne pouvait pas obliger l'époux à continuer de lui verser une pension alimentaire en raison de l'endroit où elle avait décidé de vivre. Une grande partie de ses dépenses serait éliminée si elle vendait sa résidence, et les économies qu'elle réaliserait ainsi l'aideraient à payer les frais de location d'un nouveau logement. La Cour d'appel a donc ordonné à l'époux de verser une pension réduite à 1 500 \$ par mois entre la date du jugement de première instance et le 31 mars 2010 et une pension de 800 \$ par mois du 1^{er} avril au 30 septembre 2010. Aucune pension alimentaire n'était payable après cette date.

Analyse

[25] Selon le par. 17(4.1) de la *Loi sur le divorce*, la partie qui demande la modification d'une ordonnance alimentaire doit établir qu'il est survenu un

of the prior order or variation. The applicable framework for this case is the one elaborated in the companion decision, *L.M.P.* To be material, a change must be one which, if known at the time, would likely have resulted in different terms to the existing order. On an application to vary, the court should consider the terms of the order and the circumstances of the parties at the time the order was made to determine whether a particular change is material. The existing order is deemed to have been correct and only if the requirements of s. 17 of the *Divorce Act* are met will there be a variation.

[26] In this case, the husband, in the Surety Order, renounced his right to rely on changes to the wife's circumstances as the basis for an application to vary. It is true that clause 1(c) of the Surety Order is not a term of the 1991 support order, but it is nevertheless a reflection of the intentions of the parties which can assist a court in determining whether a particular change is material.

[27] However, as we explained at para. 41 of *L.M.P.*, parties cannot oust the jurisdiction of the court to make a variation under s. 17 of the *Divorce Act*. As a result, a general term stating that no change in the circumstances of either or both parties is to be considered material cannot, by itself, be viewed as binding on the court.

[28] Clause 1(c) also listed various specific circumstances which were not to be viewed as amounting to a material change of circumstances (e.g. [TRANSLATION] "should the respondent sell her house, should she remarry or enter into a *de facto* union, when she begins receiving her old age pension, or should she earn income from any source whatsoever"). As we stated in *L.M.P.*, "[t]he degree of specificity with which the terms of the order provide for a particular change is evidence of whether the parties or court contemplated the situation raised on an application for variation, and whether the order was intended to

changement de situation important depuis que cette ordonnance ou l'ordonnance modificative de celle-ci a été rendue. Le cadre d'analyse applicable en l'espèce a été élaboré dans l'arrêt connexe *L.M.P.* Un changement important est un changement qui, s'il avait été connu à l'époque, se serait vraisemblablement traduit par des dispositions différentes dans l'ordonnance existante. Le tribunal saisi d'une demande de modification doit prendre en considération les dispositions de l'ordonnance et la situation des parties au moment où l'ordonnance a été rendue, pour déterminer si un changement donné est important. L'ordonnance existante est réputée être bien fondée et elle ne sera modifiée que s'il est satisfait aux conditions prévues à l'art. 17 de la *Loi sur le divorce*.

[26] En l'espèce, l'époux a renoncé, dans l'ordonnance sur la sûreté, à son droit d'invoquer un changement de la situation de l'épouse pour fonder une demande de modification. Certes, la clause 1c) de cette ordonnance ne fait pas partie de l'ordonnance alimentaire de 1991, mais elle exprime néanmoins la volonté des parties, ce qui peut aider le tribunal à décider si un changement donné est important.

[27] Toutefois, comme nous l'avons expliqué au par. 41 de l'arrêt *L.M.P.*, les parties ne peuvent écarter le pouvoir du tribunal de modifier une ordonnance en vertu de l'art. 17 de la *Loi sur le divorce*. On ne saurait donc considérer que le tribunal est lié par une disposition générale stipulant qu'aucun changement de la situation de l'une ou l'autre ou de chacune des parties ne peut être jugé important.

[28] La clause 1c) énumère aussi des faits précis qui ne doivent pas être considérés comme un changement de situation important (p. ex., « dans le cas où l'intimée vendrait sa maison, dans le cas où l'intimée se remari[erait] ou dans le cas de concubinage, lorsque l'intimée recevra sa pension de vieillesse ou encore si elle tire un revenu de quelque source que ce soit »). Comme nous l'avons affirmé dans *L.M.P.* : « La précision avec laquelle les dispositions de l'ordonnance prévoient un changement en particulier indique si les parties ou le tribunal ont envisagé la situation évoquée dans la demande de modification et si l'ordonnance était

capture the particular changed circumstances” (para. 39). As with an actual support order, in assessing clause 1(c) of the Surety Order, a court should look to the terms of the order and the circumstances known to the parties at the time to determine whether the clause in fact addresses a particular change. Here, no changes to the wife’s circumstances were alleged, so there is no need to determine whether any changes to her circumstances fall within the terms of the Surety Order. Rather, the husband alleged that his own circumstances had changed.

[29] The Surety Order does not prevent the husband from seeking a variation on the basis of a change in his own circumstances. And it is on the basis of such a change that the husband brought his application. Consequently, the question in this case is whether the husband has established a material change in his own circumstances. In our view, he has not.

[30] Under s. 17(4.1) of the *Divorce Act* the husband, as the applicant, had the burden of establishing that there has been a material change in his circumstances since those existing at the time of the 1991 Order. His argument that as of 2008 he was no longer able to pay support is an insufficient basis to support a finding of material change.

[31] The record before this Court contains no evidence as to the husband’s financial circumstances at the time of the 1991 Order. During those proceedings, he challenged the wife’s entitlement to support, not his capacity to pay the amounts she claimed. Neither the reasons of the courts in those earlier proceedings, nor the record before this Court, contain information as to the husband’s then financial circumstances.

[32] In February 2008, the husband restructured his investments in order to attempt to generate dividend income of about \$40,000 to \$45,000 annually. Between the February 2008 restructuring and the time of the trial in January 2009, he said the

censée viser ce changement de situation » (par. 39). Comme le tribunal le fait dans le cas d’une ordonnance alimentaire, il doit, dans l’examen de la clause 1c) de l’ordonnance sur la sûreté, analyser les dispositions de l’ordonnance et les circonstances connues des parties à l’époque pour déterminer si la clause régit bel et bien un changement en particulier. Puisqu’aucun changement de la situation de l’épouse n’a été allégué en l’espèce, point n’est besoin de décider si l’ordonnance sur la sûreté régit un changement quelconque de sa situation. L’époux invoque plutôt un changement qui serait survenu dans sa propre situation.

[29] L’ordonnance sur la sûreté n’empêche pas l’époux de demander une modification en raison d’un changement de sa propre situation. Et c’est sur le fondement d’un tel changement qu’il a présenté sa demande. Il s’agit donc de déterminer en l’espèce si l’époux a établi qu’il est survenu un changement important dans sa propre situation. À notre avis, il ne l’a pas fait.

[30] Selon le par. 17(4.1) de la *Loi sur le divorce*, il incombe à l’époux, en tant que demandeur, de prouver l’existence d’un changement important dans sa situation depuis le prononcé de l’ordonnance de 1991. Son argument qu’il n’est plus en mesure de payer une pension alimentaire depuis 2008 ne suffit pas à étayer la conclusion qu’un changement important est survenu.

[31] Le dossier dont notre Cour dispose ne renferme aucune preuve relativement à la situation financière dans laquelle se trouvait l’époux au moment de l’ordonnance de 1991, à l’occasion de laquelle il avait contesté le droit de l’épouse à une pension alimentaire, et non sa capacité de payer les sommes qu’elle réclamait. Ni les motifs des tribunaux dans ces instances antérieures, ni le dossier de notre Cour ne contiennent de renseignements sur la situation financière de l’époux à l’époque.

[32] En février 2008, l’époux a restructuré ses placements dans l’espoir d’en tirer des revenus de dividendes d’environ 40 000 \$ à 45 000 \$ par année. Il dit que la valeur de son actif a chuté en raison du ralentissement de l’économie, pour passer

value of his assets declined from about \$850,000 or \$900,000 to \$573,000 because of the downturn in the economy. The trial judge found that despite the decrease in the value of his investments, the husband had not changed his lifestyle.

[33] There are two crucial evidentiary gaps, however, in the husband's financial circumstances. The first is that we have no information about whether he sold any of his investments — and thereby crystallized his loss and the resulting value of his marketable assets — when they declined in value in late 2008 as a result of the economic climate. The second is that the record is entirely lacking about the husband's financial circumstances in 1991. These gaps mean that we cannot assess how the husband's economic circumstances compared to those in 1991. There is therefore no way of measuring whether there is any material change that would entitle him to a variation of spousal support.

[34] In respect of the first gap, we are left only with the fact of his closing down his antiques business in 2006 and the economic climate in 2008. As for the 2006 retirement, the trial judge noted that the change in the nature of his income from employment to investment did not provoke the husband to seek a variation. His own actions, therefore, suggest he did not view his retirement as a material change.

[35] This brings us to the financial crisis of 2008, and the decrease in the value of the husband's investments. The husband's variation application was based on the fluctuations of the market and his assertion that those fluctuations fundamentally changed his ability to pay spousal support. But there was no evidence about whether he sold any of his investments at the time, and thereby crystallized his loss. As we stated in *L.M.P.*: "... a material change must have some degree of continuity, and not merely be a temporary set of circumstances . . ." (para. 35).

d'environ 850 000 \$ ou 900 000 \$ à 573 000 \$ entre cette restructuration et le procès tenu en janvier 2009. La juge du procès a conclu que l'époux n'avait pas modifié son train de vie malgré la chute de la valeur de ses placements.

[33] La preuve comporte cependant deux lacunes cruciales en ce qui a trait à la situation financière de l'époux. Premièrement, nous ne disposons d'aucun renseignement sur la question de savoir s'il a vendu l'un de ses placements — et concrétisé ainsi sa perte et la valeur de son actif négociable en découlant — lorsque leur valeur a diminué à la fin de 2008 en raison de la conjoncture économique. Deuxièmement, il n'y a absolument rien dans le dossier au sujet de la situation financière de l'époux en 1991. Vu ces lacunes, nous ne sommes pas en mesure de comparer la situation économique actuelle de l'époux à celle dans laquelle il se trouvait en 1991. Il est donc tout à fait impossible d'établir l'existence d'un quelconque changement important qui lui donnerait droit à une modification de la pension alimentaire au profit de l'épouse.

[34] Quant à la première lacune, nous disposons seulement de deux éléments : le fait que l'époux a fermé sa boutique d'antiquités en 2006 et la conjoncture économique en 2008. Pour ce qui est de son départ à la retraite en 2006, la juge du procès a signalé que le changement dans la nature de son revenu — d'un revenu de travail à un revenu de placement —, ne l'a pas amené à demander la modification de la pension alimentaire. Ses propres actes laissent donc croire qu'il ne considérait pas sa retraite comme un changement important.

[35] Cela nous amène à la crise financière de 2008 et à la diminution de la valeur des placements de l'époux. Sa demande de modification reposait sur les fluctuations du marché et son affirmation que ces fluctuations ont changé radicalement sa capacité de payer une pension alimentaire au profit de son épouse. Cependant, il n'a présenté aucune preuve qu'il aurait vendu l'un ou l'autre de ses placements à ce moment-là et concrétisé ainsi ses pertes. Comme nous l'avons mentionné dans *L.M.P.*, « un changement important doit avoir une certaine continuité et ne pas être simplement temporaire » (par. 35).

[36] It is not clear why the Court of Appeal decided not to require updated financial information from the husband about whether his financial circumstances improved when the market rebounded. The husband's variation application was based on the fluctuations of the market and his assertion that those fluctuations fundamentally changed his ability to pay spousal support. Without evidence as to what state the husband's finances were in, or without evidence proving that the husband sold his investments at the time, and thereby had suffered a change in his financial circumstances with some degree of continuity, it is impossible for the husband to rely on a downturn in the financial markets at one specific point in time to claim that a material change of circumstances had occurred. Financial markets routinely fluctuate, and lose and gain value over time. A litigant cannot simply cherry-pick a date on which his or her investments have decreased in value, without more, to claim that a material change of circumstances has occurred. Absent any evidence that the change in the value of the husband's investments was anything but temporary, a court cannot engage in speculation and guesswork as to the impact on the husband's financial circumstances caused by market fluctuations. Otherwise, there is a strong risk that the husband might benefit from having his spousal support payments reduced when the market went down, and then benefit when the market went up and his unsold investments regained some or all of their lost value.

[37] In respect of the second gap, we do not have any evidence for drawing reasonable inferences about how the husband's financial circumstances compared to those in 1991 when he was ordered to pay \$2,000 per month.

[38] During the hearing before this Court, the lack of evidence about the husband's financial circumstances in 1991 was raised with his counsel who argued that the law in Quebec gave the husband the right to acknowledge his capacity to pay and that he should not be disadvantaged as a result. Written submissions indicate that the law

[36] On ne sait pas exactement pourquoi la Cour d'appel a décidé de ne pas obliger l'époux à fournir des renseignements financiers à jour sur la question de savoir si sa situation financière s'est améliorée lorsque le marché a rebondi. Sa demande de modification reposait sur les fluctuations du marché et sur sa prétention que ces fluctuations ont changé radicalement sa capacité de payer une pension alimentaire au profit de son épouse. L'époux ne peut alléguer un changement important dans sa situation en s'appuyant sur le repli des marchés à un moment précis, sans démontrer quelle était sa situation financière à l'époque ou prouver qu'il a alors vendu ses placements et que sa situation financière a changé, en conséquence, de façon assez permanente. Les marchés financiers fluctuent couramment : ils perdent et gagnent de la valeur au fil du temps. Une partie ne peut simplement choisir à son gré une date à laquelle ses placements ont chuté et, sans plus, plaider un changement de circonstances important. En l'absence de preuve que le changement de la valeur des placements de l'époux n'avait rien de temporaire, le tribunal ne peut se livrer à des conjectures et formuler des hypothèses quant à l'incidence des fluctuations du marché sur la situation financière de l'époux. Dans le cas contraire, le risque serait grand qu'un époux profite d'une réduction de ses paiements de pension alimentaire lors d'une baisse du marché, pour profiter ensuite de la reprise du marché lorsque les placements qu'il n'a pas vendus reprendront une partie ou la totalité de la valeur qu'ils ont perdue.

[37] Quant à la deuxième lacune, nous ne disposons d'aucune preuve nous permettant de tirer des conclusions raisonnables sur la différence entre la situation financière actuelle de l'époux et celle dans laquelle il se trouvait en 1991 quand il s'est vu ordonner de payer 2 000 \$ par mois.

[38] Durant l'audience devant notre Cour, l'absence de preuve relative à la situation financière de l'époux en 1991 a été soulignée à son avocat, qui a soutenu que, selon le droit québécois, l'époux pouvait admettre sa capacité de payer et ne devrait pas être désavantagé pour l'avoir admise. Il ressort de ses observations écrites qu'il s'appuyait alors

he relied on was rule 28 of the *Rules of practice of the Superior Court of Québec in family matters*, R.R.Q. 1981, c. C-25, r. 9 (“*R.F.P.*”).

[39] Since 1990, the law in Quebec was, as is now stated in rule 28 of the *R.F.P.*, that, “[a] party that acknowledges in Form III being able to pay the amounts claimed by the other party is not required to provide a detailed financial statement, unless the Judge decides otherwise”. This rule was added to the *R.F.P.* by way of amendment in 1998 (130 G.O.Q. II, 4382, s. 2; formerly rule 22, (1990) 122 G.O.Q. II, 2655, s. 2).

[40] But at the time of the husband’s 1987 application which resulted in the 1991 Order, he was subject to then rule 21, which stated:

Rule 21: To be put on the roll of the Practice Division, any motion for the purpose of fixing or modifying and [*sic*] alimentary pension shall be accompanied by a statement under oath of the financial circumstances of the applicant; such statement must be prepared in accordance with Form IV and served with the motion.

((1985) 117 G.O.Q. II, 340, s. 3)

There was no such sworn statement detailing his financial circumstances accompanying his application.

[41] Even assuming that under rule 21, the husband could bring his application without providing detailed financial information (an interpretation which the Quebec Court of Appeal rejected in *Droit de la famille — 705*, [1989] R.D.F. 603), in our view, his reliance on rule 28 to explain the lack of evidence in the current application misses the point. The husband has not, pursuant to rule 28, admitted his capacity to pay in this proceeding. On the contrary, he is arguing that he does *not* have the capacity to pay support to the wife and has put changes to his financial situation in issue. While rule 28 permits a party to refrain from providing certain evidence in a proceeding when that party acknowledges his or her ability to pay, the rule cannot apply on an application to vary when

sur la règle 28 des *Règles de pratique de la Cour supérieure du Québec en matière familiale*, R.R.Q. 1981, ch. C-25, r. 9 (« *R.P.F.* »).

[39] Depuis 1990, une règle du droit québécois, maintenant énoncée à la règle 28 des *R.P.F.*, prévoit que « [l]a partie qui admet, dans le formulaire III, sa capacité de payer les sommes demandées par la partie adverse n’a pas à fournir les détails de sa situation financière, à moins que le juge n’en décide autrement ». Cette règle a été ajoutée aux *R.P.F.* lors de leur modification en 1998 (130 G.O.Q. II, 5906, art. 2; auparavant la règle 22, (1990) 122 G.O.Q. II, 3926, art. 2).

[40] Toutefois, en 1987, au moment où il a présenté la demande qui a donné lieu à l’ordonnance de 1991, l’époux était assujéti à la règle 21 de l’époque, qui était libellée ainsi :

Règle 21 : Pour être mise au rôle de la chambre de pratique, toute requête visant à l’établissement ou à la modification d’une pension alimentaire est accompagnée d’un état assermenté de la situation financière du requérant; cet état doit être préparé suivant la formule IV et signifié avec la requête.

((1985) 117 G.O.Q. II, 521, art. 3)

Aucun état assermenté exposant en détail la situation financière de l’époux n’accompagnait sa demande.

[41] Même en supposant que la règle 21 permettait à l’époux de présenter sa demande sans fournir de renseignements détaillés sur sa situation financière (thèse que la Cour d’appel du Québec a rejetée dans *Droit de la famille — 705*, [1989] R.D.F. 603), nous estimons que ce dernier rate sa cible en s’appuyant sur la règle 28 pour expliquer l’absence de preuve dans la présente instance. Dans celle-ci, l’époux n’a pas admis sa capacité de payer conformément à cette règle. Il prétend au contraire *ne pas* pouvoir payer une pension alimentaire à l’épouse et a invoqué à cet égard des changements dans sa situation financière. Bien que la règle 28 autorise une partie à ne pas présenter certains éléments de preuve dans une instance où elle admet sa capacité de payer, cette disposition ne saurait s’appliquer à

the very issue in dispute is a change in capacity to pay.

[42] The relevant statutory directions found in s. 17(4.1) of the *Divorce Act* and rule 39 of the *R.F.P.*, however, do apply. Section 17(4.1) of the *Divorce Act* requires that an applicant seeking variation demonstrate a material change since the making of the prior order or variation. In addition, rule 39 of the *R.F.P.* provides:

39. Mandatory information: Any motion to vary, rescind or suspend corollary relief shall be supported by an affidavit and contain the following information:

- . . .
- (d) The current amount of support and the amount requested;
 - (e) The amount of arrears, if any;
 - (f) The changes in circumstances that support the motion.

A substantially similar provision was included in 1986 amendments to the *R.F.P.* (118 G.O.Q. II, 392, s. 5), prior to the husband's 1987 application.

[43] In any event, it cannot be the case that the husband's acknowledgment of sufficient resources in prior proceedings relieves him of his evidentiary and legal burdens in this one. And in *this* one, he was required by the *Divorce Act* and the *R.F.P.* to identify the change relied on and to provide sufficient evidence to enable a court to decide whether a material change in his circumstances had in fact occurred since the making of the 1991 Order. Since the onus is on him, and since he has produced no tangible basis for his argument that he is entitled to a variation under s. 17, his application must fail.

[44] Normally, an applicant should adduce documentary evidence establishing the applicant's

l'occasion d'une demande de modification où la question même qui est en litige est un changement dans la capacité de payer.

[42] Les directives pertinentes figurant au par. 17(4.1) de la *Loi sur le divorce* et à la règle 39 des *R.P.F.* s'appliquent toutefois. Selon le par. 17(4.1) de la *Loi sur le divorce*, le requérant qui sollicite une modification doit prouver qu'il est survenu un changement important depuis que l'ordonnance alimentaire ou la dernière ordonnance la modifiant a été rendue. De plus, la règle 39 des *R.P.F.* prévoit :

39. Renseignements obligatoires : Toute requête visant à modifier, annuler ou suspendre une mesure accessoire est appuyée d'un affidavit et contient les renseignements suivants :

- . . .
- d) le montant de la pension alimentaire actuelle et le montant réclamé;
 - e) le montant des arrérages s'il en est;
 - f) les changements invoqués à l'appui de la demande.

Une disposition essentiellement semblable faisait partie des modifications apportées aux *R.P.F.* en 1986 (118 G.O.Q. II, 822, art. 5), avant que l'époux ne présente sa demande en 1987.

[43] Quoi qu'il en soit, le fait que l'époux ait admis disposer de ressources suffisantes dans une instance antérieure ne saurait le dispenser des obligations que lui impose la loi et du fardeau de preuve correspondant dans la présente instance. Et dans *celle-ci*, la *Loi sur le divorce* et les *R.P.F.* l'obligeaient à préciser le changement sur lequel il se fondait et à produire une preuve suffisante pour permettre au tribunal de décider s'il était effectivement survenu un changement important dans sa situation depuis le prononcé de l'ordonnance de 1991. Puisque le fardeau de la preuve lui incombe, et qu'il n'a fourni aucun fondement tangible pour étayer son prétendu droit à une modification en vertu de l'art. 17, sa demande doit être rejetée.

[44] Normalement, le requérant doit produire une preuve documentaire montrant quelle était sa

specific financial circumstances at the time of the original order. Nevertheless, we recognize that in some cases a trial judge might be able to make findings about what the applicant's circumstances were at the time of the order based on non-documentary, circumstantial or indirect evidence other than documentary evidence of the applicant's specific financial circumstances at the time of the original order.

[45] Here the husband could have led evidence capable of establishing his financial circumstances in 1991, but despite the clear requirements of the *Divorce Act* and the *R.F.P.* chose not to do so at trial, and failed to provide any explanation for his failure to do so. Absent some adequate explanation as to why no evidence has been adduced with respect to a party's circumstances at the time of the order, no inference that a material change of circumstances has occurred is available.

[46] We do not wish to suggest that parties should be prejudiced by prior reliance on rules which simplify and shorten proceedings. But such reliance does not eliminate the evidentiary requirements on subsequent applications to vary. Parties may find it necessary, in order to facilitate future applications, to keep records of their financial situation at the time an order for support is made, or to provide other evidence capable of establishing their financial circumstances at the relevant time.

[47] In this case, although the trial judge correctly observed that it was necessary to determine whether there had been a material change since 1991, her conclusion that a finding of material change was reflected in the fact of the husband's retirement and the 2008 economic climate, was not supported by the evidence. She focussed only on changes between 2006 and 2008 and failed to inquire whether these financial circumstances were the result of anything other than temporary

situation financière précise au moment de l'ordonnance initiale. Nous reconnaissons néanmoins que, dans certains cas, un juge de première instance pourrait être en mesure de formuler des conclusions sur la situation du requérant au moment de l'ordonnance à partir d'éléments de preuve non documentaire, circonstancielle ou indirecte, plutôt que de la preuve documentaire de la situation financière précise du requérant au moment de l'ordonnance initiale.

[45] En l'espèce, l'époux aurait pu présenter des éléments de preuve susceptibles d'établir quelle était sa situation financière en 1991, mais, en dépit des exigences claires de la *Loi sur le divorce* et des *R.F.P.*, il a choisi de ne pas le faire au procès et n'a fourni aucune justification pour son omission. En l'absence d'explication satisfaisante quant aux raisons pour lesquelles aucune preuve de la situation d'une partie au moment de l'ordonnance n'a été produite, il est impossible d'inférer qu'il est survenu un changement de situation important.

[46] Nous ne voulons pas laisser entendre que les parties devraient subir un préjudice pour s'être fondées dans une instance antérieure sur des règles visant à simplifier ou à abrégé la procédure. Néanmoins, le fait d'avoir ainsi agi en fonction des règles n'a pas pour effet d'écarté les exigences en matière de preuve applicables aux demandes de modification subséquentes. Les parties peuvent juger nécessaire, pour appuyer une demande ultérieure, de conserver des données sur leur situation financière au moment du prononcé d'une ordonnance alimentaire, ou de produire d'autres éléments de preuve susceptibles d'établir quelle était leur situation financière à l'époque pertinente.

[47] En l'espèce, bien que la juge du procès ait signalé à juste titre la nécessité d'établir s'il était survenu un changement important depuis 1991, sa conclusion que le départ à la retraite de l'époux et la conjoncture économique en 2008 permettaient d'établir l'existence d'un tel changement n'était pas étayée par la preuve. Elle s'est concentrée uniquement sur les changements survenus entre 2006 et 2008 et ne s'est pas demandé si la situation financière de l'époux était imputable à d'autres facteurs

market fluctuations, and were materially different from those in 1991. Consequently, her reduction of the husband's support obligation cannot stand.

[48] The Court of Appeal's error was not only in accepting the trial judge's conclusion that the husband had shown a material change, but was exacerbated by its own, unilateral assessment of the financial facts. In the absence of any findings by the trial judge, the Court of Appeal decided to undertake an assessment of the wife's expenses and concluded that she should sell the home she had been in since 1974 and rent alternative premises. It therefore terminated her support, seemingly applying a clean break theory which this Court declared inoperative in 1992 in *Moge v. Moge*, [1992] 3 S.C.R. 813, to a great extent because too many courts were imposing unachievable expectations of self-sufficiency on long-time homemakers.

Fresh Evidence

[49] Several weeks after the hearing before this Court, counsel for the husband applied to introduce as fresh evidence the husband's 1990 Notice of Assessment. We would dismiss that application.

[50] On an application to adduce fresh evidence, the applicant must demonstrate that the evidence meets the test for admission from *Palmer v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 759, at p. 775:

- (1) The evidence should generally not be admitted if, by due diligence, it could have been adduced at trial provided that this general principle will not be applied as strictly in a criminal case as in civil cases: see *McMartin v. The Queen* [[1964] S.C.R. 484].
- (2) The evidence must be relevant in the sense that it bears upon a decisive or potentially decisive issue in the trial.

qu'aux seules fluctuations temporaires du marché et si elle était substantiellement différente de celle de 1991. Par conséquent, sa décision de réduire l'obligation alimentaire de l'époux ne peut être maintenue.

[48] La Cour d'appel a non seulement fait erreur en retenant la conclusion de la juge du procès que l'époux avait démontré l'existence d'un changement important, mais elle a aggravé cette erreur en se livrant, unilatéralement, à sa propre appréciation de la situation financière des parties. En l'absence de conclusion de la juge du procès sur la question, la Cour d'appel a entrepris d'examiner les dépenses de l'épouse et a conclu que cette dernière devrait vendre la résidence qu'elle habite depuis 1974 et louer un autre logement. La Cour d'appel a donc annulé la pension alimentaire au profit de l'épouse, appliquant semble-t-il la théorie de la rupture nette que notre Cour a pourtant déclarée inapplicable en 1992 dans l'arrêt *Moge c. Moge*, [1992] 3 R.C.S. 813, en grande partie en raison des objectifs d'autonomie financière irréalistes imposés par les tribunaux à des femmes qui n'avaient pas travaillé à l'extérieur du foyer depuis longtemps.

Le nouvel élément de preuve

[49] Plusieurs semaines après l'audience devant notre Cour, l'avocat de l'époux a demandé l'autorisation de déposer l'avis de cotisation de l'époux pour 1990 comme nouvel élément de preuve. Nous sommes d'avis de rejeter cette requête.

[50] Le requérant qui sollicite l'autorisation de produire une preuve nouvelle doit démontrer que cette preuve répond aux conditions de recevabilité établies dans l'arrêt *Palmer c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 759, p. 775 :

- (1) On ne devrait généralement pas admettre une déposition qui, avec diligence raisonnable, aurait pu être produite au procès, à condition de ne pas appliquer ce principe général de manière aussi stricte dans les affaires criminelles que dans les affaires civiles : voir *McMartin c. La Reine* [[1964] R.C.S. 484].
- (2) La déposition doit être pertinente, en ce sens qu'elle doit porter sur une question décisive ou potentiellement décisive quant au procès.

- (3) 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.

[51] In this case, the fresh evidence fails to clear the first hurdle. The husband's motion states expressly "that this information was easily and readily available in the form of a notice of assessment". Evidence easily and readily available is evidence that could and should have been presented at trial. As Justice Binnie observed in *Public School Boards' Assn. of Alberta v. Alberta (Attorney General)*, 2000 SCC 2, [2000] 1 S.C.R. 44, at para. 13, in respect of statistical evidence that a party sought to admit: "If the evidence was important, it ought to have been led at trial. . . . Lack of due diligence is fatal to this aspect of the application."

[52] Counsel for the husband argued in his motion that "it was never an issue either with the Judge in first instance nor with any of the Judges of the Court of Appeal, that there was ever any requirement for the alimentary debtor to establish his income at the period when the last judgment was rendered". Nevertheless, that does not change the legal requirements for a variation. The *Divorce Act* requires that the applicant on a motion to vary establish a material change since the making of the prior order or variation. The husband failed to present evidence of his prior circumstances to the courts. His lack of due diligence in this case is fatal. His motion is therefore dismissed.

Conclusion

[53] The appeal is allowed with costs throughout. The indexed spousal support in the 1991 Order is to continue, effective retroactively to the date it was varied by the trial court.

- (3) La déposition doit être plausible, en ce sens qu'on puisse raisonnablement y ajouter foi, et
- (4) elle doit être telle que si l'on y ajoute foi, on puisse raisonnablement penser qu'avec les autres éléments de preuve produits au procès, elle aurait influé sur le résultat.

[51] Le nouvel élément de preuve en l'espèce ne franchit pas la première étape. En effet, la requête de l'époux mentionne expressément [TRADUCTION] « que cette information était facile à obtenir sous la forme d'un avis de cotisation ». Une preuve facile à obtenir est une preuve qui aurait pu et aurait dû être présentée au procès. Comme l'a fait remarquer le juge Binnie dans *Public School Boards' Assn. of Alberta c. Alberta (Procureur général)*, 2000 CSC 2, [2000] 1 R.C.S. 44, par. 13, relativement à la preuve statistique qu'une partie cherchait à faire admettre : « Si la preuve était importante, elle aurait dû être présentée au procès. [. . .] Le défaut de diligence raisonnable est fatal quant à ce volet de la demande. »

[52] L'avocat de l'époux a fait valoir dans la requête que [TRADUCTION] « ni la juge du procès, ni aucun des juges de la Cour d'appel n'ont considéré à quelque moment que ce soit que le débiteur alimentaire pouvait être tenu d'établir quel était son revenu à l'époque du jugement le plus récent ». Or, cela ne change rien aux conditions de modification prévues par la loi. La *Loi sur le divorce* exige que l'auteur d'une requête en modification prouve qu'un changement important est survenu depuis que l'ordonnance ou l'ordonnance modificative de celle-ci a été rendue. L'époux n'a présenté aux tribunaux aucune preuve de sa situation financière antérieure. Son défaut de diligence raisonnable en l'espèce est fatal à sa cause. Sa requête est donc rejetée.

Conclusion

[53] Le pourvoi est accueilli avec dépens devant toutes les cours. La pension indexée au profit de l'épouse fixée dans l'ordonnance de 1991 est maintenue et sera versée rétroactivement à la date à laquelle elle a été modifiée par la juridiction de première instance.

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

[54] CROMWELL J. — I agree with Abella and Rothstein JJ. that the respondent's application to adduce fresh evidence should be dismissed, that the appeal should be allowed with costs throughout and that the terms of the September 11, 1991 order of the Court of Appeal should be restored. For the reasons given by my colleagues at para. 47 of their judgment, I agree that the judge at first instance erred in finding that the respondent had established a material change and therefore erred in varying the support order. For the same reason, the Court of Appeal erred in making a further and more substantial variation. I also agree with my colleagues that, as no changes in the appellant's circumstances were alleged in the respondent's application to vary, we need not determine whether any changes in her circumstances fall within the terms of the parties' agreement which was incorporated into the Surety Order.

Appeal allowed with costs.

Solicitors for the appellant: Grey, Casgrain, Montréal.

Solicitor for the respondent: Robert Teitelbaum, Westmount, Quebec.

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

[54] LE JUGE CROMWELL — Je souscris à l'opinion des juges Abella et Rothstein selon laquelle la demande présentée par l'intimé en vue de produire un nouvel élément de preuve doit être rejetée, l'appel doit être accueilli avec dépens devant toutes les cours et l'ordonnance rendue par la Cour d'appel le 11 septembre 1991 doit être rétablie. Pour les motifs exprimés par mes collègues au par. 47 de leur opinion, je suis d'accord pour dire que la juge de première instance a commis une erreur en concluant que l'intimé avait établi l'existence d'un changement important et en modifiant l'ordonnance alimentaire en conséquence. Pour les mêmes raisons, la Cour d'appel a commis une erreur en y apportant une nouvelle modification, plus importante. Je pense aussi comme mes collègues que, compte tenu de l'omission de l'intimé d'invoquer un changement dans la situation de l'appelante, point n'est besoin de décider si un changement quelconque dans sa situation est régi par l'entente des parties qui a été intégrée dans l'ordonnance sur la sûreté.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureurs de l'appelante : Grey, Casgrain, Montréal.

Procureur de l'intimé : Robert Teitelbaum, Westmount, Québec.

IN THE MATTER OF a Reference by the Governor in Council pursuant to section 53 of the *Supreme Court Act*, R.S.C. 1985, c. S-26, as set out in Order in Council P.C. 2010-667, dated May 26, 2010, concerning the *Proposed Canadian Securities Act*

INDEXED AS: REFERENCE RE *SECURITIES ACT*

2011 SCC 66

File No.: 33718.

2011: April 13, 14; 2011: December 22.

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

REFERENCE BY GOVERNOR IN COUNCIL

Constitutional law — Division of powers — Trade and commerce — Securities — Whether proposed legislation valid under general branch of federal power to regulate trade and commerce — Constitution Act, 1867, s. 91(2).

Pursuant to s. 53 of the *Supreme Court Act*, the Governor in Council has sought an advisory opinion from the Court as to whether the proposed *Securities Act* set out in Order in Council P.C. 2010-667 falls within the legislative authority of the Parliament of Canada.

The preamble of the proposed Act states that its purpose is to create a single Canadian securities regulator. More broadly, s. 9 states that the purposes of the Act are to provide investor protection, to foster fair, efficient and competitive capital markets and to contribute to the integrity and stability of Canada's financial system. The Act includes registration requirements for securities dealers, prospectus filing requirements, disclosure requirements, specific duties for market participants, a framework for the regulation of derivatives, civil remedies and regulatory and criminal offences pertaining to securities. The Act does not unilaterally impose a unified system, but permits provinces and territories to opt in, with the hope

DANS L'AFFAIRE DU renvoi soumis par le Gouverneur en conseil, en vertu de l'article 53 de la *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. 1985, ch. S-26, aux termes du décret C.P. 2010-667, daté du 26 mai 2010, portant sur la *Proposition concernant une loi canadienne intitulée Loi sur les valeurs mobilières*

RÉPERTORIÉ : RENOI RELATIF À LA LOI SUR LES VALEURS MOBILIÈRES

2011 CSC 66

N° du greffe : 33718.

2011 : 13, 14 avril; 2011 : 22 décembre.

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

RENOI PAR LE GOUVERNEUR EN CONSEIL

Droit constitutionnel — Partage des compétences — Trafic et commerce — Valeurs mobilières — La loi proposée est-elle valide comme relevant du volet général du pouvoir fédéral de réglementation en matière de trafic et de commerce? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(2).

Le gouverneur en conseil, en vertu de l'art. 53 de la *Loi sur la Cour suprême*, a sollicité l'avis consultatif de la Cour sur la question de savoir si la *Loi sur les valeurs mobilières* proposée, qui est annexée au décret C.P. 2010-667, relève de la compétence législative du Parlement du Canada.

Le préambule de la loi proposée énonce que son objet consiste à créer un organisme canadien unique de réglementation des valeurs mobilières. De manière plus générale, l'art. 9 énonce qu'elle a pour objets de protéger les investisseurs, de favoriser l'existence de marchés des capitaux équitables, efficaces et compétitifs et de contribuer à l'intégrité et à la stabilité du système financier canadien. La Loi prévoit notamment des exigences quant à l'inscription des courtiers en valeurs mobilières, quant au dépôt des prospectus et quant à la communication de renseignements; elle impose des obligations précises aux acteurs du marché des valeurs mobilières; elle établit un cadre réglementaire pour les instruments dérivés; et elle crée des recours civils ainsi

of creating an effective unified national securities regulation system.

Canada, joined by Ontario and several interveners, argues that the Act, viewed in its entirety, falls within the general branch of Parliament's power to regulate trade and commerce under s. 91(2) of the *Constitution Act, 1867*. Alberta, Quebec, Manitoba, New Brunswick and other interveners argue that the scheme falls under the provincial power over property and civil rights under s. 92(13) of the *Constitution Act, 1867* and trenches on provincial legislative jurisdiction over matters of a merely local or private nature (s. 92(16)), namely the regulation of contracts, property and professions.

Held: The *Securities Act* as presently drafted is not valid under the general branch of the federal power to regulate trade and commerce under s. 91(2) of the *Constitution Act, 1867*.

To determine the constitutional validity of legislation from a division of powers perspective, the pith and substance analysis requires the courts to look at the purpose and effects of the law. The inquiry then turns to whether the legislation falls under the head of power said to support it. If the pith and substance of the legislation is classified as falling under a head of power assigned to the adopting level of government, the legislation is valid. When a matter possesses both federal and provincial aspects, the double aspect doctrine may allow for the concurrent application of both federal and provincial legislation.

Parliament's power over the regulation of trade and commerce under s. 91(2) of the *Constitution Act, 1867* has two branches — the power over interprovincial commerce and the general trade and commerce power. Only the general trade and commerce power is invoked by Canada in this reference. This power, while on its face broad, is necessarily circumscribed. It cannot be used in a way that denies the provincial legislatures the power to regulate local matters and industries within their boundaries. Nor can the power of the provinces to regulate property and civil rights within the provinces deprive the federal Parliament of its powers under s. 91(2) to legislate on matters of genuine national

que des infractions réglementaires et criminelles relatives aux valeurs mobilières. La Loi n'impose pas unilatéralement un régime unifié, mais donne aux provinces et aux territoires le libre choix de participer au régime, dans l'espoir de créer, dans les faits, un régime de réglementation nationale des valeurs mobilières.

Le Canada, auquel se sont joints l'Ontario ainsi que plusieurs intervenants, prétend que la Loi, considérée dans son ensemble, relève du volet général de la compétence de légiférer en matière de trafic et de commerce que le par. 91(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867* confère au Parlement. L'Alberta, le Québec, le Manitoba et le Nouveau-Brunswick ainsi que d'autres intervenants soutiennent que le régime relève de la compétence des provinces en matière de propriété et de droits civils prévue au par. 92(13) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, et crée une brèche dans le pouvoir législatif provincial quant à des sujets de nature purement locale ou privée (par. 92(16)), à savoir la réglementation des contrats, de la propriété et des professions.

Arrêt : La *Loi sur les valeurs mobilières*, dans sa version actuelle, n'est pas valide, car elle ne relève pas du pouvoir général de réglementation en matière de trafic et de commerce conféré au Parlement par le par. 91(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

Pour juger de la validité constitutionnelle des lois du point de vue du partage des compétences, les tribunaux utilisent l'analyse du « caractère véritable », qui suppose de se pencher sur l'objet et les effets de la loi, avant d'examiner la question de savoir si la loi relève du chef de compétence qui est invoqué pour en soutenir la validité. Si le caractère véritable de la loi est classé comme relevant d'un des chefs de compétence du gouvernement qui l'a adoptée, la loi est valide. Lorsqu'une matière possède à la fois un aspect provincial et un autre fédéral, la doctrine du double aspect peut ouvrir la voie à l'application concurrente de législations fédérale et provinciales.

Le pouvoir de réglementer le trafic et le commerce conféré au Parlement par le par. 91(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867* comporte deux volets : le pouvoir quant au commerce interprovincial et le pouvoir général en matière de trafic et de commerce. Seul ce dernier est invoqué par le Canada dans le présent renvoi. Ce pouvoir, bien qu'à première vue large, est nécessairement circonscrit. Il ne peut servir à priver les législatures provinciales du pouvoir de réglementer les affaires de nature locale et l'industrie à l'intérieur de leurs frontières, pas plus que le pouvoir des législatures de réglementer la propriété et les droits civils dans la province ne peut priver le Parlement du pouvoir que lui confère

importance and scope — matters that transcend the local and concern Canada as a whole.

As held in *General Motors of Canada Ltd. v. City National Leasing*, [1989] 1 S.C.R. 641, to fall under the general branch of s. 91(2), legislation must engage the national interest in a manner that is qualitatively different from provincial concerns. Whether a law is validly adopted under the general trade and commerce power may be ascertained by asking (1) whether the law is part of a general regulatory scheme; (2) whether the scheme is under the oversight of a regulatory agency; (3) whether the legislation is concerned with trade as a whole rather than with a particular industry; (4) whether it is of such a nature that provinces, acting alone or in concert, would be constitutionally incapable of enacting it; and (5) whether the legislative scheme is such that the failure to include one or more provinces or localities in the scheme would jeopardize its successful operation in other parts of the country. These indicia of validity are not exhaustive, nor is it necessary that they be present in every case.

Here, the main thrust of the Act is to regulate, on an exclusive basis, all aspects of securities trading in Canada, including the trades and occupations related to securities in each of the provinces. The purpose of the Act is to implement a comprehensive Canadian regime to regulate securities with a view to protect investors, to promote fair, efficient and competitive capital markets and to ensure the integrity and stability of the financial system. Its effects would be to duplicate and displace the existing provincial and territorial securities regimes.

Applying the settled case law, the Act, viewed in its entirety, cannot be classified as falling within the general trade and commerce power. Its main thrust does not address a matter of genuine national importance and scope going to trade as a whole in a way that is distinct and different from provincial concerns. Canada has not established that the area of securities has been so transformed that it now falls to be regulated under the federal head of power. The preservation of capital markets to fuel Canada's economy and maintain Canada's financial stability is a matter that goes beyond a specific industry and engages trade as a whole. However, the Act is chiefly concerned with the day-to-day regulation of all aspects of contracts for securities within the provinces, including all aspects of public protection

le par. 91(2) de légiférer sur des questions d'importance et de portée véritablement nationales qui transcendent la nature locale et concernent tout le pays.

Comme il a été conclu dans l'arrêt *General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*, [1989] 1 R.C.S. 641, pour relever du volet général du par. 91(2), la loi doit mettre en jeu l'intérêt national d'une manière qui est, sur le plan qualitatif, différente des enjeux provinciaux. La validité d'une loi adoptée en vertu du pouvoir général en matière de trafic et de commerce peut être jugée en fonction des critères suivants : (1) La mesure législative s'inscrit-elle dans un régime général de réglementation? (2) Le régime fait-il l'objet de surveillance par un organisme de réglementation? (3) La mesure législative porte-t-elle sur le commerce dans son ensemble plutôt que sur un secteur en particulier? (4) Le régime est-il d'une nature telle que la Constitution n'habiliterait pas les provinces, seules ou de concert, à l'adopter? (5) L'omission d'inclure une seule ou plusieurs provinces ou localités dans le régime législatif en compromettrait-elle l'application dans d'autres parties du pays? Cette liste de critères de validité n'est pas exhaustive, et la présence de tous les éléments qui la constituent n'est pas nécessaire dans chaque cas.

En l'espèce, le caractère véritable de la loi consiste à réglementer, à titre exclusif, tous les aspects du commerce des valeurs mobilières au Canada, y compris les occupations et les professions relatives à ce domaine dans chaque province. L'objet de la Loi consiste à mettre sur pied un régime canadien complet de réglementation des valeurs mobilières, en vue de protéger les investisseurs, de favoriser l'existence de marchés des capitaux équitables, efficaces et compétitifs ainsi que d'assurer l'intégrité et la stabilité du système financier. Elle aurait pour effets de dédoubler et d'évincer les régimes provinciaux et territoriaux de réglementation des valeurs mobilières actuels.

Suivant la jurisprudence établie, la Loi, si elle est considérée dans son ensemble, ne saurait être classée parmi celles qui relèvent du pouvoir général en matière de trafic et de commerce. Son caractère véritable n'intéresse pas une matière d'importance et de portée véritablement nationales touchant le commerce dans son ensemble et distincte des enjeux provinciaux. Le Canada n'a pas établi que le domaine des valeurs mobilières a évolué au point qu'il doive dorénavant être réglementé en vertu d'un chef de compétence fédérale. Le maintien des marchés des capitaux pour nourrir l'économie canadienne et assurer la stabilité financière du pays est une question qui va au-delà d'un secteur en particulier et met en jeu le commerce dans son ensemble. Cependant, la Loi se préoccupe principalement de la réglementation

and professional competences. These matters remain essentially provincial concerns falling within property and civil rights in the provinces and are not related to trade as a whole. Specific aspects of the Act aimed at addressing matters of genuine national importance and scope going to trade as a whole in a way that is distinct from provincial concerns, including management of systemic risk and national data collection, appear to be related to the general trade and commerce power. With respect to these aspects of the Act, the provinces, acting alone or in concert, lack the constitutional capacity to sustain a viable national scheme. Viewed as a whole, however, the Act is not chiefly aimed at genuine federal concerns. It is principally directed at the day-to-day regulation of all aspects of securities and, in this respect, it would not founder if a particular province failed to participate in the federal scheme.

In sum, the proposed Act overreaches genuine national concerns. While the economic importance and pervasive character of the securities market may, in principle, support federal intervention that is qualitatively different from what the provinces can do, they do not justify a wholesale takeover of the regulation of the securities industry which is the ultimate consequence of the proposed federal legislation. A cooperative approach that permits a scheme recognizing the essentially provincial nature of securities regulation while allowing Parliament to deal with genuinely national concerns remains available and is supported by Canadian constitutional principles and by the practice adopted by the federal and provincial governments in other fields of activities.

Cases Cited

Applied: *General Motors of Canada Ltd. v. City National Leasing*, [1989] 1 S.C.R. 641; **referred to:** *Reference re Securities Act (Canada)*, 2011 ABCA 77, 41 Alta. L.R. (5th) 145; *Québec (Procureure générale) v. Canada (Procureure générale)*, 2011 QCCA 591 (CanLII); *Lymburn v. Mayland*, [1932] A.C. 318; *Multiple Access Ltd. v. McCutcheon*, [1982] 2 S.C.R. 161; *Global Securities Corp. v. British Columbia (Securities Commission)*, 2000 SCC 21, [2000] 1 S.C.R. 494; *R. v. W. McKenzie Securities Ltd.* (1966), 56 D.L.R. (2d) 56, leave to appeal refused, [1966] S.C.R. ix (*sub nom. West & Dubros v. The Queen*); *Gregory & Co. v. Quebec Securities Commission*, [1961] S.C.R.

courante de tous les aspects des contrats portant sur les valeurs mobilières dans les provinces, y compris la protection du public et la compétence professionnelle. Ces matières demeurent essentiellement des enjeux provinciaux intéressant la propriété et les droits civils dans les provinces et ne ressortissent pas au commerce dans son ensemble. Certains éléments de la Loi concernant des matières d'importance et de portée véritablement nationales touchant le commerce dans son ensemble et distinctes des enjeux provinciaux, comme la prévention des risques systémiques et la collecte de données nationale, semblent liés au pouvoir général en matière de trafic et de commerce. En ce qui a trait à ces éléments de la Loi, les provinces, agissant seules ou de concert, sont dépourvues de la capacité constitutionnelle de maintenir un régime national viable. Toutefois, si on la considère dans sa totalité, la Loi ne porte pas principalement sur des enjeux véritablement fédéraux. Elle intéresse surtout la réglementation courante de tous les aspects du commerce des valeurs mobilières et, à cet égard, elle ne serait pas compromise si une province n'adhérait pas au régime fédéral.

En somme, la loi proposée excède les enjeux véritablement nationaux. Certes, l'importance économique et l'omniprésence du marché des valeurs mobilières pourraient, en principe, justifier une intervention fédérale différente de celle des provinces sur le plan qualitatif, mais elles ne justifient pas la supplantation intégrale de la réglementation du secteur des valeurs mobilières, résultat auquel mènerait, en définitive, la loi fédérale proposée. Rien n'interdit une démarche coopérative qui, tout en reconnaissant la nature essentiellement provinciale de la réglementation des valeurs mobilières, habiliterait le Parlement à traiter des enjeux véritablement nationaux. En outre, une telle approche s'inscrit dans le droit fil des principes constitutionnels canadiens et des pratiques adoptées par le fédéral et les provinces dans d'autres sphères d'activité.

Jurisprudence

Arrêt appliqué : *General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*, [1989] 1 R.C.S. 641; **arrêts mentionnés :** *Reference re Securities Act (Canada)*, 2011 ABCA 77, 41 Alta. L.R. (5th) 145; *Procureur général du Québec c. Procureur général du Canada*, 2011 QCCA 591, [2011] R.J.Q. 598; *Lymburn c. Mayland*, [1932] A.C. 318; *Multiple Access Ltd. c. McCutcheon*, [1982] 2 R.C.S. 161; *Global Securities Corp. c. Colombie-Britannique (Securities Commission)*, 2000 CSC 21, [2000] 1 R.C.S. 494; *R. c. W. McKenzie Securities Ltd.* (1966), 56 D.L.R. (2d) 56, autorisation d'appel refusée, [1966] R.C.S. ix (*sub nom. West & Dubros c. The Queen*); *Gregory & Co. c. Quebec Securities*

584; *Québec (Sa Majesté du Chef) v. Ontario Securities Commission* (1992), 10 O.R. (3d) 577, leave to appeal refused, [1993] 2 S.C.R. x (sub nom. *R. du chef du Québec v. Ontario Securities Commission*); *Bennett v. British Columbia (Securities Commission)* (1992), 94 D.L.R. (4th) 339; *Bell Canada v. Quebec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 S.C.R. 749; *Smith v. The Queen*, [1960] S.C.R. 776; *Citizens Insurance Co. of Canada v. Parsons* (1881), 7 App. Cas. 96; *Re Wakim; Ex parte McNally*, [1999] HCA 27, 198 C.L.R. 511; *R. v. Hughes*, [2000] HCA 22, 202 C.L.R. 535; *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217; *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1997] 3 S.C.R. 3; *Northern Telecom Canada Ltd. v. Communication Workers of Canada*, [1983] 1 S.C.R. 733; *Attorney-General for Canada v. Attorney-General for Ontario*, [1937] A.C. 326; *Hodge v. The Queen* (1883), 9 App. Cas. 117; *Edwards v. Attorney-General for Canada*, [1930] A.C. 124; *Reference re Employment Insurance Act (Can.), ss. 22 and 23*, 2005 SCC 56, [2005] 2 S.C.R. 669; *OPSEU v. Ontario (Attorney General)*, [1987] 2 S.C.R. 2; *P.E.I. Potato Marketing Board v. H. B. Willis Inc.*, [1952] 2 S.C.R. 392; *Lord's Day Alliance of Canada v. Attorney General of British Columbia*, [1959] S.C.R. 497; *Coughlin v. Ontario Highway Transport Board*, [1968] S.C.R. 569; *Fédération des producteurs de volailles du Québec v. Pelland*, 2005 SCC 20, [2005] 1 S.C.R. 292; *Canadian Western Bank v. Alberta*, 2007 SCC 22, [2007] 2 S.C.R. 3; *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199; *Quebec (Attorney General) v. Lacombe*, 2010 SCC 38, [2010] 2 S.C.R. 453; *Kitkatla Band v. British Columbia (Minister of Small Business, Tourism and Culture)*, 2002 SCC 31, [2002] 2 S.C.R. 146; *Reference re Firearms Act (Can.)*, 2000 SCC 31, [2000] 1 S.C.R. 783; *Re the Initiative and Referendum Act*, [1919] A.C. 935; *Lawson v. Interior Tree Fruit and Vegetable Committee of Direction*, [1931] S.C.R. 357; *Attorney General of Canada v. Canadian National Transportation, Ltd.*, [1983] 2 S.C.R. 206; *MacDonald v. Vapor Canada Ltd.*, [1977] 2 S.C.R. 134; *John Deere Plow Co. v. Wharton*, [1915] A.C. 330; *Kirkbi AG v. Ritvik Holdings Inc.*, 2005 SCC 65, [2005] 3 S.C.R. 302; *Ontario Hydro v. Ontario (Labour Relations Board)*, [1993] 3 S.C.R. 327; *Duplain v. Cameron*, [1961] S.C.R. 693.

Statutes and Regulations Cited

Bank Act, S.C. 1991, c. 46.
Bankruptcy and Insolvency Act, R.S.C. 1985, c. B-3, Part XII.

Commission, [1961] R.C.S. 584; *Québec (Sa Majesté du Chef) c. Ontario Securities Commission* (1992), 10 O.R. (3d) 577, autorisation d'appel refusée, [1993] 2 R.C.S. x (sub nom. *R. du chef du Québec c. Ontario Securities Commission*); *Bennett c. British Columbia (Securities Commission)* (1992), 94 D.L.R. (4th) 339; *Bell Canada c. Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 R.C.S. 749; *Smith c. The Queen*, [1960] R.C.S. 776; *Citizens Insurance Co. of Canada c. Parsons* (1881), 7 App. Cas. 96; *Re Wakim; Ex parte McNally*, [1999] HCA 27, 198 C.L.R. 511; *R. c. Hughes*, [2000] HCA 22, 202 C.L.R. 535; *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217; *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 3; *Northern Telecom Canada Ltée c. Syndicat des travailleurs en communication du Canada*, [1983] 1 R.C.S. 733; *Attorney-General for Canada c. Attorney-General for Ontario*, [1937] A.C. 326; *Hodge c. The Queen* (1883), 9 App. Cas. 117; *Edwards c. Attorney-General for Canada*, [1930] A.C. 124; *Renvoi relatif à la Loi sur l'assurance-emploi (Can.)*, art. 22 et 23, 2005 CSC 56, [2005] 2 R.C.S. 669; *SEFPO c. Ontario (Procureur général)*, [1987] 2 R.C.S. 2; *P.E.I. Potato Marketing Board c. H. B. Willis Inc.*, [1952] 2 R.C.S. 392; *Lord's Day Alliance of Canada c. Attorney General of British Columbia*, [1959] R.C.S. 497; *Coughlin c. Ontario Highway Transport Board*, [1968] R.C.S. 569; *Fédération des producteurs de volailles du Québec c. Pelland*, 2005 CSC 20, [2005] 1 R.C.S. 292; *Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta*, 2007 CSC 22, [2007] 2 R.C.S. 3; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199; *Québec (Procureur général) c. Lacombe*, 2010 CSC 38, [2010] 2 R.C.S. 453; *Bande Kitkatla c. Colombie-Britannique (Ministre des Petites et moyennes entreprises, du Tourisme et de la Culture)*, 2002 CSC 31, [2002] 2 R.C.S. 146; *Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu (Can.)*, 2000 CSC 31, [2000] 1 R.C.S. 783; *Re the Initiative and Referendum Act*, [1919] A.C. 935; *Lawson c. Interior Tree Fruit and Vegetable Committee of Direction*, [1931] R.C.S. 357; *Procureur général du Canada c. Transports Nationaux du Canada, Ltée*, [1983] 2 R.C.S. 206; *MacDonald c. Vapor Canada Ltd.*, [1977] 2 R.C.S. 134; *John Deere Plow Co. c. Wharton*, [1915] A.C. 330; *Kirkbi AG c. Gestions Ritvik Inc.*, 2005 CSC 65, [2005] 3 R.C.S. 302; *Ontario Hydro c. Ontario (Commission des relations de travail)*, [1993] 3 R.C.S. 327; *Duplain c. Cameron*, [1961] R.C.S. 693.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 380(2), 382, 382.1, 383, 384, 400.
 Constitution des États-Unis, art. I, § 8, cl. 3, VI, cl. 2.

- Basic Law (F.R.G.), art. 72(1), (2).
Budget Implementation Act, 2009, S.C. 2009, c. 2.
Canada Business Corporations Act, R.S.C. 1985, c. C-44.
Constitution Act, 1867, ss. 91, 91(2), (15), (17), (18), (21), (27), 92, 92(10)(a), (13), (16), 95.
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 380(2), 382, 382.1, 383, 384, 400.
Investment Canada Act, R.S.C. 1985, c. 28 (1st Suppl.).
National Securities Markets Improvement Act of 1996, Pub. L. 104-290, § 102, 110 Stat. 3416, 3417 [amending *Securities Act of 1933*, s. 18 (now 15 U.S.C. § 77r)].
Payment Clearing and Settlement Act, S.C. 1996, c. 6, Sch.
Proposed Canadian Securities Act, Order in Council P.C. 2010-667, preamble, ss. 9, Parts 1 to 3, 64, 66, Part 4, 73, 74, Part 5, 76, Parts 6 and 7, 89, 90, Parts 8 to 10, 109 to 113, 114, 116, 117(1), (2), 126(1), Part 11, 224, 228(4)(c).
Securities Act of 1933, s. 18 [now 15 U.S.C. § 77r].
Supreme Court Act, R.S.C. 1985, c. S-26, s. 53.
Telecommunications Act, S.C. 1993, c. 38.
 United States Constitution, arts. I, § 8, cl. 3, VI, cl. 2.
- Loi canadienne sur les sociétés par actions*, L.R.C. 1985, ch. C-44.
Loi constitutionnelle de 1867, art. 91, 91(2), (15), (17), (18), (21), (27), 92, 92(10)a), (13), (16), 95.
Loi d'exécution du budget de 2009, L.C. 2009, ch. 2.
Loi fondamentale (R.F.A.), art. 72(1), (2).
Loi sur Investissement Canada, L.R.C. 1985, ch. 28 (1^{er} suppl.).
Loi sur la compensation et le règlement des paiements, L.C. 1996, ch. 6, ann.
Loi sur la Cour suprême, L.R.C. 1985, ch. S-26, art. 53.
Loi sur la faillite et l'insolvabilité, L.R.C. 1985, ch. B-3, partie XII.
Loi sur les banques, L.C. 1991, ch. 46.
Loi sur les télécommunications, L.C. 1993, ch. 38.
National Securities Markets Improvement Act of 1996, Pub. L. 104-290, § 102, 110 Stat. 3416, 3417 [modifiant *Securities Act of 1933*, art. 18 (maintenant 15 U.S.C. § 77r)].
Proposition concernant une loi canadienne intitulée Loi sur les valeurs mobilières, décret C.P. 2010-667, préambule, art. 9, parties 1 à 3, 64, 66, partie 4, 73, 74, partie 5, 76, parties 6 et 7, 89, 90, parties 8 à 10, 109 à 113, 114, 116, 117(1), (2), 126(1), partie 11, 224, 228(4)c).
Securities Act of 1933, art. 18 [maintenant 15 U.S.C. § 77r].

Authors Cited

- Canada. Consumer and Corporate Affairs. *Proposals for a Securities Market Law for Canada*, vol. 2 — Commentary. Ottawa: Minister of Supply and Services Canada, 1979.
- Canada. *Memorandum of Understanding Regarding the Regulation of Securities in Canada* (draft), reproduced at (1994), 17 OSCB 4401.
- Canada. Royal Commission on Banking and Finance. *Report of the Royal Commission on Banking and Finance*. Ottawa: Queen's Printer, 1964.
- Canada. Royal Commission on Price Spreads. *Report of the Royal Commission on Price Spreads*. Ottawa: King's Printer, 1935.
- Canada. Royal Commission on the Economic Union and Development Prospects for Canada. *Report*, vol. 3. Ottawa: Minister of Supply and Services Canada, 1985.
- Crawford Panel on a Single Canadian Securities Regulator. *Blueprint For A Canadian Securities Commission — Final Paper*. Ottawa: Government of Ontario, 2006.
- Expert Panel on Securities Regulation. *Creating an Advantage in Global Capital Markets — Final Report and Recommendations*. Ottawa: Department of Finance, 2009.

Doctrine citée

- Canada. Commission royale d'enquête sur le système bancaire et financier. *Rapport de la Commission royale d'enquête sur le système bancaire et financier*. Ottawa : Imprimeur de la Reine, 1964.
- Canada. Commission royale d'enquête sur les écarts de prix. *Rapport de la Commission royale d'enquête sur les écarts de prix*. Ottawa : Imprimeur du Roi, 1935.
- Canada. Commission royale sur l'union économique et les perspectives de développement du Canada. *Rapport*, vol. 3. Ottawa : Ministre des Approvisionnement et Services Canada, 1985.
- Canada. Consommation et Corporations. *Avant-projet d'une loi canadienne sur le marché des valeurs mobilières*, vol. 2 — Commentaire. Ottawa : Ministre des Approvisionnement et Services Canada, 1979.
- Canada. *Protocole d'entente concernant la réglementation régissant les valeurs mobilières au Canada* (ébauche), juin 1994.
- Comité de personnes averties — Comité pour examiner la structure de la réglementation des valeurs mobilières au Canada. *C'est le temps d'agir*. Ottawa : Ministère des Finances, 2003.
- Commission des valeurs mobilières de l'Ontario. « CANSEC : Legal and Administrative Concepts » (November 1967), OSCB 61.

Gillen, Mark R. *Securities Regulation in Canada*, 3rd ed. Toronto: Thomson/Carswell, 2007.

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 5th ed. Supp., vol. 1. Scarborough, Ont.: Thomson/Carswell, 2007 (updated 2010, release 1).

Howard, John L. “Securities Regulation: Structure and Process”, in *Proposals for a Securities Market Law for Canada*, vol. 3 — Background Papers. Ottawa: Minister of Supply and Services Canada, 1979, 1607.

Ontario Securities Commission. “CANSEC: Legal and Administrative Concepts” (November 1967), OSCB 61.

Wise Persons’ Committee — Committee to Review the Structure of Securities Regulation in Canada. *It’s Time*. Ottawa: Department of Finance, 2003.

REFERENCE by the Governor in Council, pursuant to s. 53 of the *Supreme Court Act*, concerning the constitutional validity of the proposed *Securities Act*. The question referred to was answered as follows: The *Securities Act* as presently drafted is not valid under the general branch of the federal power to regulate trade and commerce under s. 91(2) of the *Constitution Act, 1867*.

Robert J. Frater, Peter W. Hogg, Q.C., Claude Joyal and Alexander Pless, for the Attorney General of Canada.

Janet E. Minor, Jennifer A. August and S. Zachary Green, for the intervener the Attorney General of Ontario.

Jean-Yves Bernard, France Bonsaint and Hugo Jean, for the intervener the Attorney General of Quebec.

Gaëtan Migneault, for the intervener the Attorney General of New Brunswick.

Eugene B. Szach and Nathaniel Carnegie, for the intervener the Attorney General of Manitoba.

George H. Copley, Q.C., Nancy E. Brown and Donald Sutherland, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

Gillen, Mark R. *Securities Regulation in Canada*, 3rd ed. Toronto: Thomson/Carswell, 2007.

Groupe Crawford sur un organisme unique de réglementation des valeurs mobilières au Canada. *Ébauche d’une Commission canadienne des valeurs mobilières — Document définitif*. Ottawa: Gouvernement de l’Ontario, 2006.

Groupe d’experts sur la réglementation des valeurs mobilières. *Créer un avantage sur les marchés des capitaux mondiaux — Rapport final et recommandations*. Ottawa: Ministère des Finances, 2009.

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 5th ed. Supp., vol. 1. Scarborough, Ont.: Thomson/Carswell, 2007 (updated 2010, release 1).

Howard, John L. « Réglementation des valeurs mobilières: structure et fonctionnement », dans *Avant-projet d’une loi canadienne sur le marché des valeurs mobilières*, vol. 3 — Documentation de base. Ottawa: Ministre des Approvisionnements et Services Canada, 1979, 1815.

RENVOI par le Gouverneur en conseil, en vertu de l’art. 53 de la *Loi sur la Cour suprême*, au sujet de la validité constitutionnelle de la *Loi sur les valeurs mobilières* proposée. La Cour donne la réponse suivante à la question posée: la *Loi sur les valeurs mobilières*, dans sa version actuelle, n’est pas valide, car elle ne relève pas du pouvoir général de réglementation en matière de trafic et de commerce conféré au Parlement par le par. 91(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

Robert J. Frater, Peter W. Hogg, c.r., Claude Joyal et Alexander Pless, pour le procureur général du Canada.

Janet E. Minor, Jennifer A. August et S. Zachary Green, pour l’intervenant le procureur général de l’Ontario.

Jean-Yves Bernard, France Bonsaint et Hugo Jean, pour l’intervenant le procureur général du Québec.

Gaëtan Migneault, pour l’intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick.

Eugene B. Szach et Nathaniel Carnegie, pour l’intervenant le procureur général du Manitoba.

George H. Copley, c.r., Nancy E. Brown et Donald Sutherland, pour l’intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

Graeme G. Mitchell, Q.C., for the intervener the Attorney General for Saskatchewan.

E. David D. Tavender, Q.C., D. Brian Foster, Q.C., L. Christine Enns and Jordan C. Milne, for the intervener the Attorney General of Alberta.

Andrew K. Lokan, Massimo C. Starnino and Michael Fenrick, for the intervener the Canadian Foundation for Advancement of Investor Rights.

Luis Sarabia, Matthew Milne-Smith and David Stolow, for the intervener the Canadian Coalition for Good Governance.

John B. Laskin and Darryl C. Patterson, for the intervener the Investment Industry Association of Canada.

Mahmud Jamal, Éric Préfontaine and Raphael T. Eghan, for the intervener the Canadian Bankers Association.

Kelley M. McKinnon and Brent J. Arnold, for the intervener the Ontario Teachers' Pension Plan Board.

Guy Paquette and Vanessa O'Connell-Chrétien, for the intervener Mouvement d'éducation et de défense des actionnaires.

Raymond Doray and Mathieu Quenneville, for the intervener Barreau du Québec.

Sébastien Grammond and Luc Giroux, for the intervener the Institute for Governance of Private and Public Organizations.

The following is the opinion delivered by

THE COURT —

I. Overview of the Court's Opinion

[1] This reference under s. 53 of the *Supreme Court Act*, R.S.C. 1985, c. S-26, requires the Court to determine whether the proposed *Securities Act* set out in Order in Council P.C. 2010-667 falls within the legislative authority of the Parliament of Canada.

Graeme G. Mitchell, c.r., pour l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan.

E. David D. Tavender, c.r., D. Brian Foster, c.r., L. Christine Enns et Jordan C. Milne, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

Andrew K. Lokan, Massimo C. Starnino et Michael Fenrick, pour l'intervenante la Fondation canadienne pour l'avancement des droits des investisseurs.

Luis Sarabia, Matthew Milne-Smith et David Stolow, pour l'intervenante la Coalition canadienne pour une saine gestion des entreprises.

John B. Laskin et Darryl C. Patterson, pour l'intervenante l'Association canadienne du commerce des valeurs mobilières.

Mahmud Jamal, Éric Préfontaine et Raphael T. Eghan, pour l'intervenante l'Association des banquiers canadiens.

Kelley M. McKinnon et Brent J. Arnold, pour l'intervenant le Conseil du Régime de retraite des enseignantes et des enseignants de l'Ontario.

Guy Paquette et Vanessa O'Connell-Chrétien, pour l'intervenant le Mouvement d'éducation et de défense des actionnaires.

Raymond Doray et Mathieu Quenneville, pour l'intervenant le Barreau du Québec.

Sébastien Grammond et Luc Giroux, pour l'intervenant l'Institut sur la gouvernance d'organisations privées et publiques.

Version française de l'avis rendu par

LA COUR —

I. Aperçu de l'opinion de la Cour

[1] Dans le cadre du présent renvoi présenté en vertu de l'art. 53 de la *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. 1985, ch. S-26, la Cour est appelée à décider si la Proposition concernant une loi canadienne intitulée *Loi sur les valeurs mobilières* (la « loi proposée » ou « Loi ») qui est annexée au décret C.P. 2010-667 relève de la compétence législative du Parlement du Canada.

[2] The proposed *Securities Act* represents a comprehensive foray by Parliament into the realm of securities regulation. If validly adopted, it will create a single scheme governing the trade of securities throughout Canada subject to the oversight of a single national securities regulator.

[3] The government of Canada (“Canada”), supported by the Attorney General of Ontario (“Ontario”) and other interveners, argues that the entirety of the Act can be sustained as a proper exercise of the general branch of Parliament’s legislative power to regulate trade and commerce, grounded in s. 91(2) of the *Constitution Act, 1867*. The Attorney General of Alberta, the Attorney General of Quebec and other provincial attorneys general and interveners oppose the Act, arguing that securities regulation is a matter falling within s. 92(13) of the *Constitution Act, 1867*, which gives the provinces legislative jurisdiction over property and civil rights within their borders. Certain opponents of the Act also submit that securities regulation relates to provincial jurisdiction over matters of a merely local or private nature, under s. 92(16) of the *Constitution Act, 1867*.

[4] Canada does not challenge the proposition that certain aspects of securities regulation fall within provincial authority in relation to property and civil rights in the provinces. Nor does Canada argue that any provisions of the Act fall within federal legislative authority because they are necessarily incidental to the exercise of federal powers. Canada’s contention is simply that the securities market has evolved from a provincial matter to a national matter affecting the country as a whole and that, as a consequence, the federal general trade and commerce power gives Parliament legislative authority over all aspects of securities regulation. This authority, Canada argues, is concurrent with

[2] La loi proposée consiste en une intrusion massive par le Parlement dans le domaine de la réglementation des valeurs mobilières. Si elle est validement adoptée, elle créera un régime unique de gestion du commerce des valeurs mobilières pour l’ensemble du Canada, un régime assujéti à la surveillance d’un organisme national unique chargé de la réglementation des valeurs mobilières.

[3] Le gouvernement du Canada (« Canada »), soutenu par le procureur général de l’Ontario (« Ontario ») et par d’autres intervenants, fait valoir que l’ensemble de la Loi peut être jugé valide en tant qu’exercice approprié du volet général de la compétence législative du Parlement en matière de réglementation du trafic et du commerce prévu au par. 91(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867* (ce pouvoir est également parfois désigné comme celui en matière de réglementation des échanges et du commerce). Le procureur général de l’Alberta, le procureur général du Québec ainsi que d’autres procureurs généraux provinciaux et intervenants contestent la validité de la Loi. Ils font valoir que la réglementation des valeurs mobilières relève de la compétence visée au par. 92(13) de la *Loi constitutionnelle de 1867* qui confère aux provinces le pouvoir de légiférer en matière de propriété et de droits civils sur leur territoire. Certains des opposants à la Loi soutiennent, en outre, que la réglementation des valeurs mobilières tient de la compétence provinciale relative aux matières d’une nature purement locale ou privée prévue au par. 92(16) de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

[4] Le Canada ne conteste pas l’affirmation selon laquelle certains aspects de la réglementation des valeurs mobilières relèvent de la compétence provinciale en matière de propriété et de droits civils dans la province. Il ne soutient pas non plus qu’une ou l’autre des dispositions de la Loi relève de la compétence législative du gouvernement fédéral parce qu’elles sont nécessairement accessoires à l’exercice de pouvoirs conférés au fédéral. Le Canada fait simplement valoir que le marché des valeurs mobilières a évolué, passant d’une matière provinciale à une matière nationale qui touche l’ensemble du pays et que, en conséquence, la compétence générale du fédéral en matière de trafic et de

that of the provincial legislatures over all aspects of securities presently regulated by the provinces.

[5] The propriety of such a constitutional realignment cannot simply be assumed. The shift in regulatory authority that the proposed Act seeks to achieve requires justification. Canada asserts that this justification is found under the “general” branch of the trade and commerce power. However, it has failed to show that this power, interpreted as required by the case law, supports the proposed Act.

[6] Canada has shown that aspects of the securities market are national in scope and affect the country as a whole. However, considered in its entirety, the proposed Act is chiefly directed at protecting investors and ensuring the fairness of capital markets through the day-to-day regulation of issuers and other participants in the securities market. These matters have long been considered local concerns subject to provincial legislative competence over property and civil rights within the province. Canada has not shown that the securities market has so changed that the regulation of all aspects of securities now falls within the general branch of Parliament’s power over trade and commerce under s. 91(2). Applying the settled test, we conclude that the proposed Act does not fall within the general trade and commerce power.

[7] It is a fundamental principle of federalism that both federal and provincial powers must be respected, and one power may not be used in a manner that effectively eviscerates another. Rather, federalism demands that a balance be struck, a balance that allows both the federal Parliament and the provincial legislatures to act effectively in their respective spheres. Accepting Canada’s interpretation of the general trade and commerce power would disrupt rather than maintain that balance.

commerce l’autorise à réglementer tous les aspects du secteur des valeurs mobilières. Selon le Canada, ce pouvoir est concurrent avec celui exercé par les provinces sur tous les aspects du commerce des valeurs mobilières qui sont présentement réglementés par les provinces.

[5] L’à-propos d’un tel réaligement constitutionnel ne peut être tout simplement tenu pour acquis. En effet, le transfert du pouvoir de réglementation que vise la loi proposée doit être justifié. Le Canada affirme que le volet « général » du pouvoir en matière de trafic et de commerce constitue le fondement en question. Or, il n’a pas démontré que ce pouvoir, interprété comme l’exige la jurisprudence, autorise l’adoption de la loi proposée.

[6] Le Canada a démontré que certains aspects du marché des valeurs mobilières ont une portée nationale et touchent l’ensemble du pays. Toutefois, considérée dans son ensemble, la loi proposée vise principalement à protéger les investisseurs et à assurer l’équité des marchés des capitaux en réglementant la conduite au quotidien des émetteurs et des autres participants au marché des valeurs mobilières. Or, ces matières sont considérées depuis longtemps comme des questions locales qui relèvent du pouvoir législatif des provinces en matière de propriété et de droits civils sur leur territoire et le Canada n’a pas démontré que le marché des valeurs mobilières a changé au point que la réglementation de tous les aspects du commerce des valeurs mobilières relève désormais du volet général du pouvoir du Parlement en matière de trafic et de commerce prévu au par. 91(2). Après avoir appliqué le test établi, nous concluons que la loi proposée ne relève pas du pouvoir général en matière de trafic et de commerce.

[7] La proposition suivant laquelle tant les pouvoirs fédéraux que ceux des provinces doivent être respectés et qu’un pouvoir ne peut être utilisé d’une manière telle que cela revienne en réalité à en vider un autre de son essence constitue un principe fondamental du fédéralisme. En effet, ce dernier exige plutôt d’établir un équilibre qui permet tant au Parlement qu’aux législatures d’agir efficacement dans leurs sphères de compétence respectives. Accepter l’interprétation que propose le fédéral de

Parliament cannot regulate the whole of the securities system simply because aspects of it have a national dimension.

[8] We therefore answer the reference question in the negative.

[9] It is open to the federal government and the provinces to exercise their respective powers over securities harmoniously, in the spirit of cooperative federalism. The experience of other federations in the field of securities regulation, while a function of their own constitutional requirements, suggests that a cooperative approach might usefully be explored, should our legislators so choose, to ensure that each level of government properly discharges its responsibility to the public in a coordinated fashion.

[10] At this juncture, it is important to stress that this advisory opinion does not address the question of what constitutes the optimal model for regulating the securities market. While the parties presented evidence and arguments on the relative merits of federal and provincial regulation of securities, the policy question of whether a single national securities scheme is preferable to multiple provincial regimes is not one for the courts to decide. Accordingly, our answer to the reference question is dictated solely by the text of the Constitution, fundamental constitutional principles and the relevant case law.

II. The Proposed Act and the Parties' Positions

A. *National Securities Proposals in Canada*

[11] Recommendations for national securities regulation in Canada are not new. Over the years,

la compétence générale en matière de trafic et de commerce romprait cet équilibre plutôt que de le maintenir. Le Parlement ne peut pas réglementer l'ensemble du système des valeurs mobilières du seul fait que certains aspects de ce domaine ont une dimension nationale.

[8] Par conséquent, nous répondons par la négative à la question qui nous est posée par le présent renvoi.

[9] Il est possible que les gouvernements fédéral et provinciaux exercent harmonieusement leurs pouvoirs respectifs quant aux valeurs mobilières, dans l'esprit du fédéralisme coopératif. L'expérience d'autres fédérations en matière de réglementation des valeurs mobilières, bien qu'elle soit fonction des impératifs de leur propre régime constitutionnel, suggère qu'il pourrait être utile d'envisager une approche coopérative, si nos législateurs choisissaient de le faire, pour garantir que chaque ordre de gouvernement s'acquitte adéquatement de ses responsabilités envers le public, et ce, de façon coordonnée.

[10] À ce stade, il est important de souligner que le présent avis consultatif ne traite pas de la question de savoir ce qui constitue un modèle optimal pour réglementer le marché des valeurs mobilières. Même si les parties ont présenté des éléments de preuve et des arguments quant aux mérites respectifs d'une réglementation fédérale et provinciale des valeurs mobilières, il ne revient pas aux tribunaux de trancher la question politique de savoir si un régime national unique de gestion des valeurs mobilières est préférable à de multiples régimes provinciaux. En conséquence, notre réponse à la question posée par le présent renvoi n'est dictée que par le texte de la Constitution, par les principes fondamentaux de notre droit constitutionnel ainsi que par la jurisprudence pertinente.

II. La loi proposée et les positions des parties

A. *Les propositions visant une gestion nationale des valeurs mobilières au Canada*

[11] Les recommandations pour une réglementation nationale des valeurs mobilières au Canada ne

many proposals have been put forward, but none implemented. The various proposals, in different ways, attempted to come to grips with the problem underlying this reference — how to achieve national securities regulation within the constitutional division of powers between Parliament and the provincial legislatures. Not surprisingly, the proposals generally envisaged cooperation between the provinces and the federal government as the route to achieving national standards and regulation.

[12] The first proposal dates to 1935, when the Royal Commission on Price Spreads recommended the formation of an investment securities board to oversee the issuance of securities by companies incorporated under federal legislation (*Report of the Royal Commission on Price Spreads*, at pp. 41-42).

[13] In the 1960s, various recommendations and proposals were mooted. The 1964 Royal Commission on Banking and Finance (the “Porter Commission”) accepted the desirability of uniform legislation and administration of the Canadian securities industry and recommended the creation of an additional regulatory body, based on cooperation between the federal and provincial governments (*Report of the Royal Commission on Banking and Finance*). The body, to be headed by a federal regulator, would have set uniform standards for securities distributed interprovincially and internationally, while permitting existing provincial regulators to continue to govern “local matters such as the licensing of security dealers and their salesmen and the registration of issues to be offered only within their own province” (p. 348).

[14] The Porter Commission hoped that the establishment of a federal agency would lead to greater agreement and cooperation, eliminating the duplication that the Commission saw as hampering effective securities regulation. In particular,

sont pas nouvelles. Au fil des ans, de nombreuses propositions ont été formulées, mais aucune n’a été mise en œuvre. Ces diverses propositions tentaient, de différentes façons, de résoudre le problème qui sous-tend le présent renvoi — soit celui de savoir comment parvenir à une réglementation nationale relative aux valeurs mobilières qui soit conforme au partage constitutionnel des pouvoirs entre le Parlement et les législatures. Il n’est pas surprenant de constater que les propositions envisageaient généralement que les provinces et le fédéral coopèrent pour aboutir à des normes et à une réglementation nationales de ce secteur d’activités.

[12] La première proposition remonte à 1935, quand la Commission royale d’enquête sur les écarts de prix a recommandé la création d’une commission des titres pour superviser l’émission des actions par les personnes morales constituées en vertu des lois fédérales (*Rapport de la Commission royale d’enquête sur les écarts de prix*, p. 42-44).

[13] Dans les années 60, diverses recommandations et propositions ont été faites. La Commission royale d’enquête sur le système bancaire et financier de 1964 (la « Commission Porter ») a admis qu’il aurait été souhaitable que l’industrie canadienne des valeurs mobilières fasse l’objet d’une législation et d’une gestion uniformes et elle a recommandé la création d’un organisme de réglementation supplémentaire, fondé sur la coopération entre les gouvernements fédéral et provinciaux (*Rapport de la Commission royale d’enquête sur le système bancaire et financier*). L’organisme en question, qui aurait eu à sa tête un régulateur fédéral, aurait établi des normes uniformes applicables aux valeurs mobilières distribuées dans plusieurs provinces ou à l’échelle internationale, tout en permettant aux régulateurs provinciaux existants de continuer à gérer les « questions de caractère local, comme les permis des vendeurs et l’enregistrement des émissions à distribuer sur leur seul territoire » (p. 396).

[14] La Commission Porter avait espoir que la mise en place d’une agence fédérale susciterait davantage d’ententes et de coopération, en éliminant le double emploi qui, à ses yeux, faisait obstacle à la réglementation efficace des valeurs mobilières. Plus

the Commission hoped that the introduction of uniform federal standards would foster the adoption of similar standards in the provinces and free the provinces to focus on purely local matters by automatically clearing federally regulated issues. In its view, a single federal agency would improve cooperation with the United States Securities and Exchange Commission and “would be responsible for and interested in the growth, development and efficiency of the whole Canadian securities industry” (p. 348).

[15] In 1967, just three years after the release of the Porter Commission’s report, the Ontario Securities Commission (“OSC”) circulated a very different proposal for a single, highly decentralized, national securities regulator. CANSEC — the “Canada Securities Commission” — was to be a three-tiered structure (a council of ministers, CANSEC and administrative staff) designed to achieve uniformity in Canadian securities regulation through cooperation by the federal and provincial governments, rather than by forcing each province to surrender its regulatory activity in the field to a federal body. CANSEC would operate on an opt-in basis: no province would be required to join or remain in CANSEC. Moreover, participation by provinces would not involve a permanent surrender of power: “A government which has passed an amendment in order to bring themselves into the scheme can repeal that amendment” (“CANSEC: Legal and Administrative Concepts” (November 1967), OSCB 61, at p. 66). Provinces would have been able to join CANSEC, then withdraw and regulate independently as before.

[16] The OSC anticipated that CANSEC would be brought into existence through the passage of

particulièrement, la Commission avait espoir que la mise en place de normes fédérales uniformes favoriserait l’adoption de normes similaires dans les provinces et permette à ces dernières de se concentrer sur les questions purement locales en les déchargeant automatiquement des questions réglementées par le fédéral. Selon la Commission Porter, l’existence d’un organisme fédéral unique aurait favorisé la coopération avec la Securities and Exchange Commission des États-Unis et « aurait [eu] pour mission et comme intérêt d’aider le monde canadien du placement à grandir, à évoluer et à devenir plus efficace » (p. 397).

[15] En 1967, seulement trois ans après la publication du rapport de la Commission Porter, la Commission des valeurs mobilières de l’Ontario (« CVMO ») a présenté une proposition très différente qui suggérerait la mise sur pied d’un seul organisme national de réglementation des valeurs mobilières très décentralisé. La Commission canadienne des valeurs mobilières et des marchés boursiers (« CCVMMB ») aurait été constituée suivant une structure à trois niveaux (un conseil des ministres, la CCVMMB et du personnel administratif) vouée à l’uniformisation de la réglementation du marché canadien des valeurs mobilières grâce à la coopération des gouvernements fédéral et provinciaux, plutôt qu’en forçant la renonciation par chacune des provinces à son activité réglementaire dans le domaine au profit d’un organisme fédéral. La CCVMMB aurait ainsi fonctionné sur la base d’une participation volontaire : aucune province n’aurait été tenue d’adhérer au régime en question ou d’y maintenir sa participation. En outre, cette participation n’aurait pas reposé sur un renoncement permanent de pouvoir : [TRADUCTION] « Un gouvernement qui a adopté une mesure visant son adhésion au régime peut abroger la mesure en question » (« CANSEC : Legal and Administrative Concepts » (novembre 1967), OSCB 61, p. 66). Les provinces auraient pu participer au régime, puis se retirer et continuer à réglementer le secteur des valeurs mobilières en toute indépendance, comme elles le faisaient auparavant.

[16] La CVMO avait prévu que la CCVMMB verrait le jour grâce à l’adoption par le gouvernement

an organizational statute by the federal government and the subsequent commitment by participating jurisdictions to have the new commission administer their own securities acts. In bringing CANSEC into existence, the OSC did not consider it necessary that the provincial laws themselves be substantively uniform; rather, similar schemes of administration and “some modest degree of uniformity” in securities legislation would suffice (p. 66). The provinces would retain jurisdiction over “nearly all substantive issues”, delegating to the commission authority only to deal with federal corporate, international and criminal matters not clearly within provincial jurisdiction (J. L. Howard, “Securities Regulation: Structure and Process”, in *Proposals for a Securities Market Law for Canada* (1979), vol. 3, 1607, at p. 1693).

[17] The discussion over securities regulation continued in the 1970s and 1980s. In 1979, the federal Department of Consumer and Corporate Affairs produced a three-volume study entitled *Proposals for a Securities Market Law for Canada*, which contemplated a national securities commission working in cooperation with the provinces. The study recommended the creation of a federal securities commission and the enactment of federal securities legislation and envisioned a “nationally coordinated system of regulation that involves cooperation between a federal commission with federal jurisdiction and provincial and foreign commissions” (vol. 2, at p. 5). It contemplated administration either by a federal commission, by a cooperative body developed through negotiations among the federal and provincial governments, or a body lying on the spectrum between that and a single federal agency.

fédéral d’une loi-cadre et à l’engagement subséquent des provinces participantes à ce que la nouvelle commission applique leurs propres lois sur les valeurs mobilières. Lorsqu’elle a suggéré la création de la CCVMMB, la CVMO n’a pas jugé nécessaire d’exiger que les lois provinciales elles-mêmes soient uniformes quant au fond; elle était plutôt d’avis que des régimes d’administration similaires et des lois [TRADUCTION] « relativement uniforme[s] » suffiraient (p. 66). Les provinces auraient conservé la compétence quant à « pratiquement toutes les questions de fond », et n’auraient délégué à la commission que le pouvoir de traiter des questions corporatives, internationales et criminelles fédérales qui n’auraient pas relevé clairement de la compétence des provinces (J. L. Howard, « Réglementation des valeurs mobilières : structure et fonctionnement », dans *Avant-projet d’une loi canadienne sur le marché des valeurs mobilières* (1979), vol. 3, 1815, p. 1919).

[17] La question de la réglementation des valeurs mobilières a continué à susciter l’intérêt dans les années 70 et 80. En 1979, le ministère de la Consommation et des Corporations fédéral a publié une étude en trois volumes intitulée *Avant-projet d’une loi canadienne sur le marché des valeurs mobilières* qui envisageait la création d’une commission nationale des valeurs mobilières travaillant de concert avec les provinces. L’étude recommandait la création d’une commission fédérale des valeurs mobilières ainsi que l’adoption d’une loi fédérale en cette matière et prévoyait que soit « institu[é] et coordonn[é] un régime national de réglementation, ce qui suppose la coopération entre une commission fédérale, à compétence fédérale, et des commissions provinciales et étrangères » (vol. 2, p. 5). Elle envisageait, en outre, que l’administration du secteur des valeurs mobilières soit confiée soit à une commission fédérale, soit à un organisme fondé sur la coopération créé au terme de négociations entre les gouvernements fédéral et provinciaux, soit à un organisme qui aurait appartenu à la gamme des organismes se situant à un autre point du continuum qui sépare les deux modèles précédents.

[18] In 1985, the Royal Commission on the Economic Union and Development Prospects for Canada concluded that there was no reason to tamper with the existing system of provincial regulation of stock markets, but noted that “[t]echnological change, the increasing international integration of capital markets, and the desire of provinces, especially Quebec, to regulate markets in pursuit of provincial development goals are all likely to place greater strains on the existing system in the near future” (*Report*, vol. 3, at p. 167).

[19] In 1994, the premiers of the Atlantic provinces asked the federal government to establish a national securities regulator. The proposal ultimately took the form of a draft memorandum of understanding (“MOU”) between the federal government and participating provinces, which was circulated among the provinces ((1994), 17 OSCB 4401). The MOU proposed the creation of a “Canadian Securities Commission” and envisioned a “uniform securities regulatory structure which [would] apply comprehensively within and across all participating provinces” (preamble).

[20] Like the proposal to establish CANSEC, the MOU was premised on opting in by the provinces and explicitly stated that no government would give up any jurisdiction by joining. Participating provinces were to have the ability to adopt regulations exempting certain securities from provisions of the federal legislation. The jurisdiction of provincial securities regulatory authorities in provinces which elected not to participate in the uniform securities regulatory structure would not be affected. Canada, however, committed to “developing consultation and coordination mechanisms between the Canadian Securities Commission and the securities commission or equivalent office of any province which is not a Party to [the] agreement to maintain the benefits of harmonization of securities regulation in Canada and to promote

[18] En 1985, la Commission royale sur l’union économique et les perspectives de développement du Canada a conclu qu’il n’y avait aucune raison de modifier le système provincial en place de réglementation des marchés des valeurs mobilières, mais a souligné que « l’évolution technologique, l’intégration internationale croissante des marchés de capitaux et le désir des provinces, en particulier du Québec, de réglementer les marchés pour réaliser des objectifs provinciaux de développement devraient soumettre dans un avenir proche le système à des pressions plus fortes » (*Rapport*, vol. 3, p. 187).

[19] En 1994, les premiers ministres des provinces atlantiques ont demandé au gouvernement fédéral de créer un organisme national de réglementation des valeurs mobilières. En fin de compte, la proposition a pris la forme d’un projet de protocole d’entente conclu entre le gouvernement fédéral et les provinces participantes (juin 1994). Ce projet de protocole, diffusé à l’intention des provinces, proposait la création d’une « Commission canadienne des valeurs mobilières » et envisageait l’établissement d’une « structure de réglementation des valeurs mobilières uniforme qui s’appliquera[it] globalement à l’intérieur et entre toutes les provinces participantes » (préambule).

[20] Comme la proposition qui prônait la création de la CCVMMB, le projet de protocole d’entente était fondé sur la prémisse de la participation volontaire des provinces et il énonçait explicitement qu’aucun gouvernement ne renoncerait à quelque compétence que ce soit en acceptant de participer au régime. Les provinces participantes auraient eu la possibilité d’édicter des mesures législatives qui auraient soustrait certaines valeurs mobilières à l’application de certaines dispositions de la loi fédérale. La compétence des organismes de réglementation des valeurs mobilières des provinces qui auraient choisi de ne pas prendre part à la structure réglementaire uniforme n’aurait pas été touchée. Cela étant dit, le Parlement, lui, s’était engagé à « mettre au point des mécanismes de consultation et de coordination entre la Commission canadienne

further such harmonization in the future” (MOU, at cl. 29).

[21] In the past decade, calls for a national securities regulator have intensified.

[22] The Wise Persons’ Committee (“WPC”) of 2003 recommended the adoption of a comprehensive scheme of capital markets regulation for Canada, to be accomplished by the passage of comprehensive federal securities legislation, followed by provincial legislation incorporating the federal law by reference and delegating administrative powers to a newly established “Canadian Securities Commission”.

[23] The WPC rejected the “dual structure” of securities market regulation recommended by the OSC proposal to establish CANSEC, the 1979 study by the Department of Consumer and Corporate Affairs and the 1994 MOU. In its view, “a dual structure, in which securities matters limited to a single province would be regulated provincially, while interprovincial and international matters would be regulated by a national body”, was not appropriate “[g]iven the nationally integrated nature of Canada’s capital markets and the history of provincial regulation of securities matters with incidental effect on matters outside the regulating province” (*It’s Time* (2003), at p. 59). In the WPC’s view, “efficient capital markets require that the federal legislation extend to all matters related to securities regulation” (p. 60).

des valeurs mobilières et les commissions des valeurs mobilières ou les organismes équivalents de toute province qui n’[allait pas être] partie au [. . .] protocole [en question], afin de préserver les avantages de l’harmonisation de la réglementation des valeurs mobilières au Canada et de promouvoir le développement de cette harmonisation à l’avenir » (projet de protocole d’entente, par. 29).

[21] Durant la dernière décennie, les appels à la création d’un organisme national de réglementation des valeurs mobilières se sont intensifiés.

[22] Le Comité de personnes averties (« CPA »), dont les travaux se sont déroulés en 2003, a recommandé la mise sur pied d’un mécanisme exhaustif de réglementation des marchés financiers pour le Canada grâce à l’adoption d’une réglementation fédérale complète de ce domaine, puis à celle d’une réglementation provinciale qui aurait incorporé les mesures législatives fédérales par renvoi et délégué les pouvoirs administratifs à la « Commission canadienne des valeurs mobilières » nouvellement créée.

[23] Le CPA a rejeté la « double structure » de la réglementation du marché des valeurs mobilières dont la mise en place avait été recommandée à la fois par la proposition visant la création de la CCVMMB, par l’étude de 1979 menée par le ministre de la Consommation et des Corporations fédéral et par le projet de protocole d’entente de 1994. Selon le CPA, « une double structure, dans laquelle les questions de valeurs mobilières qui seraient limitées à une seule province seraient réglementées à l’échelle provinciale, tandis que les questions interprovinciales et internationales seraient réglementées par un organisme national » ne convenait pas « [c]ompte tenu de la nature intégrée à l’échelle nationale des marchés financiers du Canada et de l’historique de la réglementation provinciale des questions de valeurs mobilières ayant un effet accessoire sur des questions ne relevant pas de la province réglementante » (*C’est le temps d’agir* (2003), p. 72). Selon le CPA, « pour avoir des marchés financiers efficaces, il faut que la législation fédérale s’applique à toutes les questions liées à la réglementation des valeurs mobilières » (p. 72).

[24] The WPC therefore recommended the enactment of a single, comprehensive code for the regulation of Canadian capital markets by the federal government. The single set of rules would cover “all securities regulatory matters in Canada” (p. 59). Provincial participation would be achieved through an obligation on the federal government to consult with the provinces before amending the legislation.

[25] The 2006 Crawford Panel on a Single Canadian Securities Regulator, established by the government of Ontario, endorsed the adoption of Canadian securities legislation (*Blueprint For A Canadian Securities Commission — Final Paper*). The Panel proposed that uniform regulation would be achieved by all jurisdictions incorporating, by reference, legislation enacted by one province as the *Canadian Securities Act* and establishing a “Canadian Securities Commission”. A common body of securities law would then apply across the country. However, like the WPC, the Crawford Panel viewed the participation of all provinces and territories and the federal government as “ideal” but not necessary for the Commission to be established. The key was “that there be an initial core group of Participating Jurisdictions that agrees to enact, or to enact through incorporation by reference, common legislation that establishes the [Commission] and delegates to it authority over capital markets regulation” (p. 16).

[26] Three years after the Crawford Panel presented its “blueprint”, the Expert Panel on Securities Regulation (the “Hockin Panel”) released a report that informed the *Securities Act* proposed by Canada in this reference (*Creating an Advantage in Global Capital Markets — Final Report and Recommendations* (2009) (the “Hockin Report”). Like the Crawford Panel, the Hockin Panel recommended the establishment of

[24] Le CPA a donc recommandé que le gouvernement fédéral édicte un code complet et unique réglementant les marchés des capitaux canadiens. L'ensemble unique de règles aurait visé « toutes les questions de réglementation des valeurs mobilières au Canada » (p. 72). La participation des provinces aurait découlé, pour sa part, d'une obligation qui aurait incombé au gouvernement fédéral de les consulter avant de modifier la réglementation en question.

[25] Le Groupe Crawford sur un organisme unique de réglementation des valeurs mobilières au Canada, constitué en 2006 par le gouvernement de l'Ontario, a appuyé l'adoption d'une réglementation canadienne en matière de valeurs mobilières (*Ébauche d'une Commission canadienne des valeurs mobilières — Document définitif*). Les membres du groupe ont proposé qu'une réglementation uniforme soit le fruit de l'incorporation par renvoi par toutes les provinces d'une loi qui aurait été édictée par une d'entre elles, qui aurait été intitulée *Loi canadienne sur les valeurs mobilières* et qui aurait été à l'origine de la création d'une « Commission canadienne des valeurs mobilières » (« CCVM »). Un tronc commun de lois en cette matière se serait dès lors appliqué partout au pays. Cela étant dit, le Groupe Crawford, à l'instar du CPA, estimait que la participation de toutes les provinces, de tous les territoires et du fédéral aurait été « idéale », mais n'était pas nécessaire pour que la CCVM soit établie. Il aurait par contre été essentiel qu'« un noyau de [ressorts] participants s'engagent à promulguer ou à adopter par renvoi la loi commune qui [aurait] établ[i] la CCVM et qui lui [aurait délégué] le pouvoir de réglementer les marchés des capitaux » (p. 17).

[26] Trois ans après que le Groupe Crawford a présenté son « ébauche », le Groupe d'experts sur la réglementation des valeurs mobilières (le « Groupe Hockin ») a publié un rapport qui a inspiré le législateur lors de l'élaboration de la loi dont l'adoption est proposée par le Canada et qui fait l'objet du présent renvoi (*Créer un avantage sur les marchés des capitaux mondiaux — Rapport final et recommandations* (2009) (le « Rapport Hockin »)). Comme

a “Canadian Securities Commission” to oversee a single “*Securities Act*” for Canada.

[27] The Hockin Panel envisioned the establishment of a “comprehensive national regime” of securities regulation (p. 60), to be brought into force in participating jurisdictions through the repeal of local legislation. However, the Panel acknowledged that not all provinces (at least initially) might be willing to participate. It therefore recommended that in the absence of unanimity on the part of the provinces, the Act should provide for voluntary provincial participation, limiting its application to participating jurisdictions during the transition to a comprehensive national regime (p. 60). The Panel foresaw that, faced with such circumstances, the federal government might consider a “market participant opt-in feature” (p. 61), and proposed that the Commission consider negotiating memoranda of understanding with non-participating jurisdictions to coordinate securities regulation.

[28] In response to the Hockin Report, the federal government established the Canadian Securities Regulation Regime Transition Office in the *Budget Implementation Act, 2009*, S.C. 2009, c. 2, and prepared a draft Act implementing the Report’s proposals. On May 26, 2010, the Governor General in Council referred this draft legislation to the Court for an advisory opinion as to its constitutional validity.

B. *The Proposed Act*

[29] The preamble of the proposed Act states that its immediate purpose is to create a single Canadian securities regulator. More broadly, s. 9 states that the underlying purposes of the Act are to provide investor protection, to foster fair, efficient

le Groupe Crawford, le Groupe Hockin a recommandé la mise sur pied d’une « Commission canadienne des valeurs mobilières » qui aurait été chargée de veiller à l’application d’une « *Loi sur les valeurs mobilières* » unique pour le Canada.

[27] Le Groupe Hockin envisageait la mise en place d’un « régime national complet » de réglementation des valeurs mobilières (p. 66) dont la mise en vigueur dans les ressorts participants aurait résulté de l’abrogation des lois locales. Le Groupe a toutefois reconnu que ce n’était peut-être pas toutes les provinces (du moins initialement) qui souhaiteraient participer à ce régime. Il a donc recommandé que dans le cas où il n’y aurait pas unanimité au sujet du régime parmi les provinces, la Loi comporterait des dispositions prévoyant la participation volontaire des provinces et limitant son application aux administrations participantes durant la transition (p. 66). Le Groupe avait prévu que le gouvernement fédéral, s’il devait être aux prises avec une telle situation, pourrait envisager de créer un « mécanisme d’adhésion des participants au marché » (p. 67) et a proposé que la Commission envisage de négocier des protocoles d’entente avec des administrations non participantes pour coordonner la réglementation des valeurs mobilières.

[28] En réponse à la publication du Rapport Hockin, le gouvernement fédéral a créé le Bureau de transition vers un régime canadien de réglementation des valeurs mobilières au moyen de la *Loi d’exécution du budget de 2009*, L.C. 2009, ch. 2, et a préparé un projet de loi visant à mettre en œuvre les propositions du rapport. Ensuite, soit le 26 mai 2010, le gouverneur général en conseil a renvoyé le projet de loi en question à la Cour pour que cette dernière formule un avis consultatif quant à la validité constitutionnelle de ce texte législatif.

B. *La loi proposée*

[29] Le préambule de la loi proposée énonce que son objet immédiat consiste à créer un organisme canadien unique de réglementation des valeurs mobilières. De manière plus générale, l’art. 9 énonce qu’elle a pour objets de protéger les investisseurs, de

and competitive capital markets and to contribute to the integrity and stability of Canada's financial system.

[30] The Act includes registration requirements for securities dealers, prospectus filing requirements, disclosure requirements, specific duties for market participants, a framework for the regulation of derivatives, civil remedies and regulatory and criminal offences pertaining to securities. It provides for the comprehensive regulation of securities in Canada, under the oversight of a single national regulator. It also provides for a single set of laws and rules designed to permit uniform regulation and enforcement on a national basis, thus fostering the integrity and stability of Canada's capital markets at a national level. While various parties emphasize different facets of the scheme, advancing interesting arguments on the implication of words such as "national", "capital markets", "securities industry" and "securities trading", it seems uncontroversial that what the Act seeks is comprehensive national securities regulation, with the aim of fostering fair and efficient capital markets and contributing to the stability of Canada's financial system.

[31] The Act, as proposed, does not seek to unilaterally impose a unified system of securities regulation for the whole of Canada. Rather, it permits provinces to opt in, if and when they choose to do so. The hope is that, eventually, all or most provinces will opt in, creating an effective unified national securities regulation system for Canada. If this were to occur, it would represent a dramatic realignment in the manner in which securities have been regulated in this country.

favoriser l'existence de marchés des capitaux équitables, efficaces et compétitifs et de contribuer à l'intégrité et à la stabilité du système financier canadien.

[30] La Loi prévoit notamment des exigences quant à l'inscription des courtiers en valeurs mobilières, quant au dépôt des prospectus et quant à la communication de renseignements; elle impose des obligations précises aux acteurs du marché des valeurs mobilières; elle établit un cadre réglementaire pour les instruments dérivés; et elle crée des recours civils ainsi que des infractions réglementaires et criminelles relatives aux valeurs mobilières. Les dispositions de la Loi visent aussi l'adoption d'une réglementation complète des valeurs mobilières au Canada, sous la surveillance d'un organisme de réglementation unique. Cet organisme appliquerait un ensemble unique de lois et de règles conçues pour permettre la réglementation de ce secteur d'activité et sa mise en œuvre uniformes dans l'ensemble du pays, favorisant ainsi l'intégrité et la stabilité des marchés des capitaux canadiens à l'échelle nationale. Même si certaines parties mettent l'accent sur divers aspects du régime et font ainsi valoir des arguments intéressants quant aux conséquences de l'utilisation de termes tels « nationale », « marchés des capitaux », « industrie des valeurs mobilières » et « commerce des valeurs mobilières », il semble incontestable que la Loi vise, en fait, la mise en œuvre d'une réglementation nationale complète des valeurs mobilières, avec pour objectif de favoriser l'existence de marchés des capitaux équitables, efficaces et compétitifs et de contribuer à la stabilité du système financier canadien.

[31] La Loi, telle qu'elle est libellée, ne vise pas à imposer unilatéralement un régime unifié de réglementation des valeurs mobilières pour l'ensemble du Canada. Elle donne plutôt aux provinces le libre choix de participer au régime si elles le souhaitent et quand elles le souhaitent. On espère que, ultérieurement, toutes les provinces ou la plupart d'entre elles choisiront de participer au régime, ce qui créerait, dans les faits, un régime de réglementation national des valeurs mobilières pour le Canada. Si cela devait survenir, il s'agirait d'une métamorphose spectaculaire par rapport à la façon dont les valeurs mobilières ont été réglementées au pays.

C. *The Parties' Positions*

[32] Canada, joined by Ontario and several interveners, argues that the proposed Act, viewed in its entirety, is a constitutional exercise of Parliament's general power to regulate trade and commerce under s. 91(2) of the *Constitution Act, 1867*. It does not invoke other federal heads of power, such as legislative authority in relation to interprovincial and international trade and commerce (a separate branch of Parliament's s. 91(2) authority), the incorporation of federal companies or the criminal law power (s. 91(27) — except with respect to some offence provisions the constitutionality of which is not contested). Nor does Canada contend that provisions of the Act that might be viewed as falling within provincial legislative powers are valid because they are ancillary to the exercise of federal powers.

[33] Canada and those who support its position acknowledge the oft-affirmed power of the provinces to regulate securities within their borders. However, they argue that securities markets have undergone significant transformation in recent decades, evolving from local markets to markets that are increasingly national, indeed international. This has given rise to systemic risks and other concerns that can only be dealt with on the national level. The evolving national character of securities markets, Canada says, brings those markets within the general trade and commerce power, as defined by existing jurisprudence. In short, Canada contends that securities have evolved in a way that now brings all aspects of securities regulation under the general branch of the trade and commerce power, including those aspects which would also fall under provincial competence in relation to property and civil rights within the province.

C. *Les positions des parties*

[32] Le Canada, auquel se sont joints l'Ontario ainsi que plusieurs intervenants, prétend que la loi proposée, considérée dans son ensemble, consiste en un exercice constitutionnel par le Parlement de la compétence générale que lui confère le par. 91(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867* de légiférer en matière de trafic et de commerce. Il n'invoque aucun autre chef de compétence fédérale, comme celui relatif au trafic et au commerce interprovinciaux et internationaux (un volet distinct du pouvoir que le par. 91(2) confère au Parlement), celui portant sur la constitution en sociétés sous le régime de lois fédérales ou celui qui lui est conféré en matière de droit criminel (par. 91(27) — sauf en ce qui a trait à certaines dispositions relatives à des infractions dont la constitutionnalité n'est pas contestée). Le Canada ne fait pas valoir non plus que les dispositions de la Loi qui portent sur des sujets qui pourraient relever de la compétence législative des provinces sont valides parce qu'elles sont accessoires à l'exercice de pouvoirs fédéraux.

[33] Le Canada et ceux qui soutiennent sa position reconnaissent le pouvoir souvent confirmé des provinces de réglementer les valeurs mobilières sur leur territoire. Cependant, ils font valoir que le commerce des valeurs mobilières a considérablement changé durant les dernières décennies, et que les transactions en cette matière qui s'effectuaient à l'échelle locale s'effectuent désormais de plus en plus à l'échelle nationale, voire internationale. Pour eux, cela pose des risques systémiques et soulève d'autres préoccupations dont on ne peut traiter qu'à l'échelle nationale. La nature nationale qui résulte de l'évolution des marchés des valeurs mobilières, dit le Canada, a pour effet que ceux-ci relèvent désormais du pouvoir général en matière de trafic et de commerce, tel qu'il a été défini par la jurisprudence. Bref, le Canada soutient que le commerce des valeurs mobilières a évolué de telle sorte que tous les aspects de la réglementation de ce secteur d'activité relèvent désormais du volet général du pouvoir en matière de trafic et de commerce, y compris les aspects qui relèveraient aussi de la compétence des provinces en matière de propriété et de droits civils sur leur territoire.

[34] The attorneys general of Alberta, Quebec, Manitoba and New Brunswick and other interveners oppose the Act. They argue that the scheme the Act sets up falls under the provincial power over property and civil rights under s. 92(13) of the *Constitution Act, 1867* and trenches on provincial legislative jurisdiction over matters of a merely local or private nature (s. 92(16)), namely the regulation of contracts, property and professions. They reject the contention that securities markets have evolved to become a matter of genuine national concern under the general federal trade and commerce power. Rather, they contend, the Act is a thinly disguised attempt to regulate a particular industry — the securities industry.

[35] The Attorney General of British Columbia and the Attorney General for Saskatchewan oppose the Act, but adopt a more nuanced approach to Parliament's ability to regulate securities. Neither province opposes the idea of a national securities regulator, so long as it is achieved in a manner that respects the division of powers. However, these provinces contend that Parliament's participation in securities regulation is best achieved through an exercise in federal-provincial cooperation, similar to the cooperation existing in the agricultural products marketing context.

III. The Provincial References

[36] In provincial references, both the Alberta Court of Appeal (2011 ABCA 77, 41 Alta. L.R. (5th) 145) and the Quebec Court of Appeal (2011 QCCA 591 (CanLII)) concluded that the proposed Act is unconstitutional.

[37] The Alberta Court of Appeal (*per* Slatter J.A., Côté, Conrad, Ritter and O'Brien J.J.A., concurring) emphasized at para. 6 that the proposed Act “mirrors” provincial securities regimes by

[34] Les procureurs généraux de l'Alberta, du Québec, du Manitoba et du Nouveau-Brunswick ainsi que d'autres intervenants contestent la validité de la Loi. Ils soutiennent que le régime qu'elle crée relève de la compétence des provinces en matière de propriété et de droits civils prévue au par. 92(13) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, et crée une brèche dans le pouvoir législatif provincial quant à des sujets de nature purement locale ou privée (par. 92(16)), à savoir la réglementation des contrats, de la propriété et des professions. Les opposants à la Loi rejettent l'argument selon lequel les marchés des valeurs mobilières ont évolué au point qu'ils sont devenus une matière véritablement nationale qui relève du pouvoir général fédéral en matière de trafic et de commerce. Ils soutiennent que la Loi constitue plutôt une tentative à peine voilée de réglementer un secteur en particulier — celui des valeurs mobilières.

[35] Le procureur général de la Colombie-Britannique et celui de la Saskatchewan contestent aussi la validité de la Loi, mais ils adoptent une approche plus nuancée quant au droit du Parlement de réglementer les valeurs mobilières. Ces deux provinces ne s'opposent ni l'une ni l'autre à l'idée de créer un organisme national de réglementation des valeurs mobilières, à condition qu'on parvienne à le faire dans le respect du partage des compétences. Cela étant dit, ces provinces font valoir qu'il serait préférable que la participation du Parlement à la réglementation des valeurs mobilières soit le fruit d'un exercice de coopération fédéral-provincial semblable à celui qui a cours dans le contexte de la mise en marché des produits de l'agriculture.

III. Les renvois des provinces

[36] À la suite de renvois provinciaux, tant la Cour d'appel de l'Alberta (2011 ABCA 77, 41 Alta. L.R. (5th) 145) que la Cour d'appel du Québec (2011 QCCA 591, [2011] R.J.Q. 598) ont conclu que la loi proposée est inconstitutionnelle.

[37] La Cour d'appel de l'Alberta (dont les motifs auxquels ont souscrit les juges Côté, Conrad, Ritter et O'Brien ont été rédigés par le juge Slatter) a souligné au par. 6 de sa décision que la loi proposée

licensing and regulating the conduct of participants in the same fashion as the existing provincial legislation. While recognizing that securities products have changed over time, it held that securities regulation remains a matter of property and civil rights under s. 92(13) of the *Constitution Act, 1867*. As a result, the Act did not fall within Parliament's general trade and commerce power, as defined by the jurisprudence.

[38] A majority of the Quebec Court of Appeal, in two sets of reasons (*per* Robert C.J. and *per* Forget, Bich and Bouchard J.J.A.), also concluded that the proposed Act is unconstitutional. The majority held that the federal proposal would create a comprehensive regulatory scheme that pursued the same objectives through the same means as existing provincial securities laws and fell under provincial jurisdiction over property and civil rights. Like the Alberta Court of Appeal, they held that the jurisprudence on the general trade and commerce power did not support the conclusion that the Act was a valid exercise of federal power.

[39] Dalphond J.A., dissenting, argued that the Canadian securities market, as a single, integrated, pan-Canadian market, fell within the general branch of Parliament's trade and commerce power.

IV. The Regulation of Securities

A. *Overview*

[40] The term "securities" designates a class of assets that conventionally includes shares in corporations, interests in partnerships, debt instruments such as bonds and financial derivatives (F. Milne, *The Impact of Innovation and Evolution on the*

était la réplique de régimes provinciaux en matière de valeurs mobilières en ce qu'elle encadre et réglemente la conduite des participants à ces régimes comme le font les lois provinciales existantes. Tout en reconnaissant que les produits en cette matière ont changé avec le temps, la Cour d'appel a conclu que la réglementation des valeurs mobilières demeurait une question de propriété et de droits civils visée au par. 92(13) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Par conséquent, elle a jugé que la Loi ne relève pas de la compétence générale du Parlement en matière de trafic et de commerce, telle qu'elle est définie par la jurisprudence.

[38] Les juges majoritaires de la Cour d'appel du Québec, dans deux opinions (une rédigée par le juge en chef Robert, l'autre par les juges Forget, Bich et Bouchard), ont également conclu que la loi proposée est inconstitutionnelle. Ils ont jugé que la proposition fédérale créerait un régime réglementaire complet qui poursuivrait les mêmes objectifs que les lois provinciales existantes en matière de valeurs mobilières, et ce, par les mêmes moyens, et que la matière dont elle traite relève de la compétence provinciale quant à la propriété et aux droits civils. À l'instar de la Cour d'appel de l'Alberta, les juges majoritaires de la Cour d'appel du Québec ont conclu que la jurisprudence sur le pouvoir général en matière de trafic et de commerce n'était pas la conclusion selon laquelle la Loi était le fruit d'un exercice valide du pouvoir législatif du fédéral.

[39] Le juge Dalphond de la Cour d'appel du Québec, dissident, a affirmé que le marché canadien des valeurs mobilières, en tant que marché unique, intégré et pancanadien, relevait du volet général du pouvoir fédéral en matière de trafic et de commerce.

IV. La réglementation des valeurs mobilières

A. *Aperçu*

[40] Le terme « valeurs mobilières » désigne une classe d'actifs qui comprend, par convention, les actions de sociétés, les intérêts dans des sociétés par actions, les titres de créance comme les obligations et les instruments financiers dérivés

Regulation of Capital Markets (2010), Reference Record, vol. I, 175, at para. 2.1; M. R. Gillen, *Securities Regulation in Canada* (3rd ed. 2007), at p. 1). The securities market channels savings in two basic ways: it allows demanders of investment capital (“issuers”) to receive investment capital from suppliers of capital (“investors”) in exchange for a security; and it allows investors to trade securities with one another. The first type of transaction occurs through the “primary” market, where issuers trade directly or indirectly with investors, while the second type of transaction is referred to as “secondary” market trading (Gillen, at pp. 32-33; Milne, at paras. 2.2-2.4).

[41] Every province and territory has its own securities laws and regulatory agency. These agencies exercise a variety of responsibilities, including prospectus review and clearance; oversight of disclosure requirements; takeover bids and insider trading; registration and regulation of market intermediaries; enforcement of compliance with the regime; recognition and supervision of exchanges and other self-regulated organizations; and public education.

[42] Since the beginning of the 21st century, efforts to increase interprovincial cooperation and to harmonize provincial and territorial securities laws have intensified. For example, the supervision and regulation of securities firms are presently carried out by the Investment Industry Regulatory Organization of Canada (“IIROC”) working under the authority of the Canadian Securities Administrators, a creature of the various provincial and territorial securities commissions. The provincially organized Canadian Investor Protection Fund insures investors’ funds in the event of the bankruptcy of an investment firm (in an analogous fashion to the federal Canada

(F. Milne, *The Impact of Innovation and Evolution on the Regulation of Capital Markets* (2010), dossier du renvoi, vol. I, 175, par. 2.1; M. R. Gillen, *Securities Regulation in Canada* (3^e éd. 2007), p. 1). Le marché des valeurs mobilières canalise les épargnes principalement de deux façons : il autorise les demandeurs de capitaux de placement (les « émetteurs ») à recevoir ces capitaux de fournisseurs de capitaux (les « investisseurs ») en échange d’un titre de placement; il permet aussi aux investisseurs d’échanger ces titres financiers entre eux. Le premier de ces deux types de transactions se déroule dans le marché « primaire » où les émetteurs négocient directement ou indirectement avec les investisseurs tandis que le deuxième de ces deux types de transactions se déroule dans ce qu’on appelle le marché « secondaire » (Gillen, p. 32-33; Milne, par. 2.2-2.4).

[41] Chaque province et territoire est doté de ses propres lois et organisme de réglementation relatifs aux valeurs mobilières. Ces organismes s’acquittent de diverses responsabilités, dont celles d’examiner les prospectus et de les approuver; de s’assurer du respect des exigences quant à la communication de renseignements; de surveiller les offres publiques d’achat et les opérations d’initiés; de voir à l’enregistrement et à la réglementation des intermédiaires sur le marché; de s’assurer de la conformité au régime; de veiller à la reconnaissance et à la supervision des échanges ainsi que d’autres organismes d’autoréglementation; et de renseigner le public.

[42] Depuis le début du 21^e siècle, les efforts pour accroître la coopération entre les provinces et pour harmoniser les lois provinciales et territoriales sur les valeurs mobilières se sont intensifiés. Par exemple, c’est maintenant l’Organisme canadien de réglementation du commerce des valeurs mobilières (« OCRCVM ») qui est chargé de la supervision et de la réglementation des maisons de courtage. Cet organisme relève des Autorités canadiennes en valeurs mobilières, une créature de diverses commissions provinciales et territoriales des valeurs mobilières. Le Fonds canadien de protection des épargnants créé par les provinces assure les fonds d’investissement advenant le cas où un courtier

Deposit Insurance Corporation for bank depositors). IIROC standards are national and directed at ensuring that investment firms are both liquid and solvent. Since 2008, all provincial and territorial jurisdictions except Ontario participate in a “passport regime” based on harmonized rules that allow issuers and market intermediaries to engage in activities in multiple jurisdictions while dealing with a single principal regulator. Nevertheless, distinctions remain between provincial securities regimes.

B. *Legislative Competence Over Securities: A Shared Field*

[43] Provinces have jurisdiction to regulate securities within their boundaries (intraprovincial jurisdiction) as a matter of property and civil rights, pursuant to s. 92(13) of the *Constitution Act, 1867*. As Lord Atkin stated in *Lymburn v. Mayland*, [1932] A.C. 318 (P.C.), “If [a company] is formed to trade in securities there appears no reason why it should not be subject to the competent laws of the Province as to the business of all persons who trade in securities” (p. 324).

[44] More recently, this Court, in *Multiple Access Ltd. v. McCutcheon*, [1982] 2 S.C.R. 161, *per* Dickson J. (as he then was), confirmed:

It is well established that the provinces have the power, as a matter of property and civil rights, to regulate the trade in corporate securities in the province, provided the statute does not single out federal companies for special treatment or discriminate against them in any way. . . . Since the decision of the Privy Council in *Lymburn v. Mayland*, [1932] A.C. 318 the provisions of provincial securities acts

en valeurs mobilières ferait faillite (il s’agit d’un mécanisme de protection qui agit en quelque sorte comme la Société d’assurance-dépôts du Canada le fait à l’intention des déposants bancaires). Les normes de l’OCRCVM s’appliquent à l’échelle nationale et visent à garantir que les maisons de courtage détiennent des liquidités et sont solvables. Depuis 2008, tous les territoires et toutes les provinces, sauf l’Ontario, participent à un « régime de passeport » fondé sur des règles harmonisées qui permettent aux émetteurs et aux intermédiaires d’échanger des titres dans plusieurs provinces ou territoires en faisant affaire avec un seul organisme principal de réglementation. En dépit de ces efforts, il subsiste des différences entre les régimes adoptés par les provinces relativement aux valeurs mobilières.

B. *La compétence législative en matière de valeurs mobilières : un domaine partagé*

[43] Les provinces ont le pouvoir de réglementer les valeurs mobilières à l’intérieur de leurs frontières (c’est la compétence intraprovinciale) en tant que question relevant de la propriété et des droits civils, des domaines visés au par. 92(13) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Comme lord Atkin l’a affirmé dans *Lymburn c. Mayland*, [1932] A.C. 318 (C.P.), [TRADUCTION] « [s]i [une compagnie] est constituée pour pratiquer le négoce des valeurs mobilières, il ne semble y avoir aucune raison pour qu’elle ne soit pas assujettie aux lois valides de la province concernant l’entreprise de tous ceux qui se livrent à ce négoce » (p. 324).

[44] Plus récemment, dans *Multiple Access Ltd. c. McCutcheon*, [1982] 2 R.C.S. 161, la Cour a confirmé ce principe sous la plume du juge Dickson (plus tard Juge en chef) :

Il est bien établi que les provinces ont le pouvoir, en matière de propriété et de droits civils, de réglementer le commerce des actions des compagnies dans la province, pourvu que la loi ne distingue pas les compagnies constituées en vertu d’une loi fédérale en prévoyant à leur égard des mesures particulières ou discriminatoires. [. . .] Depuis l’arrêt du Conseil privé *Lymburn v. Mayland*, [1932] A.C. 318, les dispositions

have been given a wide constitutional recognition. [p. 183]

(See also *Global Securities Corp. v. British Columbia (Securities Commission)*, 2000 SCC 21, [2000] 1 S.C.R. 494, at para. 40.)

[45] The provincial power over securities extends to impacts on market intermediaries or investors outside a particular province (*Global Securities*, at para. 41; *R. v. W. McKenzie Securities Ltd.* (1966), 56 D.L.R. (2d) 56 (Man. C.A.), leave to appeal refused, [1966] S.C.R. ix (*sub nom. West & Dubros v. The Queen*); *Gregory & Co. v. Quebec Securities Commission*, [1961] S.C.R. 584). The case law also recognizes provincial jurisdiction where the province's capital markets are engaged (*Québec (Sa Majesté du Chef) v. Ontario Securities Commission* (1992), 10 O.R. (3d) 577 (C.A.), leave to appeal refused, [1993] 2 S.C.R. x (*sub nom. R. du chef du Québec v. Ontario Securities Commission*); *Bennett v. British Columbia (Securities Commission)* (1992), 94 D.L.R. (4th) 339 (B.C.C.A.)).

[46] The Constitution gives Parliament powers that enable it to pass laws that affect aspects of securities regulation and, more broadly, to promote the integrity and stability of the Canadian financial system. These include Parliament's power to enact laws relating to criminal law (s. 91(27)), banks (s. 91(15)), bankruptcy (s. 91(21)), telecommunications (ss. 91 and 92(10)(a)), and peace, order and good government (s. 91) (*Multiple Access; Bell Canada v. Quebec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 S.C.R. 749, at pp. 765-66; *Smith v. The Queen*, [1960] S.C.R. 776, at p. 781). Parliament has exercised its powers by enacting, for example, the following statutes and provisions: the *Canada Business Corporations Act*, R.S.C. 1985, c. C-44; the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 380(2), 382, 382.1, 383, 384 and 400; the *Bank Act*, S.C. 1991, c. 46; the *Investment Canada Act*, R.S.C. 1985, c. 28 (1st Supp.); the *Payment Clearing and Settlement Act*, S.C. 1996, c. 6, Sch.; the *Telecommunications Act*, S.C. 1993, c. 38;

des lois provinciales relatives aux valeurs mobilières ont été largement reconnues sur le plan constitutionnel. [p. 183-184]

(Voir également *Global Securities Corp. c. Colombie-Britannique (Securities Commission)*, 2000 CSC 21, [2000] 1 R.C.S. 494, par. 40.)

[45] Le pouvoir provincial en matière de valeurs mobilières s'étend aux incidences de leur commerce sur les intermédiaires du marché et sur les investisseurs situés à l'extérieur d'une province donnée (*Global Securities*, par. 41; *R. c. W. McKenzie Securities Ltd.* (1966), 56 D.L.R. (2d) 56 (C.A. Man.), autorisation d'appel refusée, [1966] R.C.S. ix (*sub nom. West & Dubros c. The Queen*); *Gregory & Co. c. Quebec Securities Commission*, [1961] R.C.S. 584). Ce pouvoir des provinces a aussi été confirmé par la jurisprudence dans les cas où les marchés des capitaux de la province concernée sont en cause (*Québec (Sa Majesté du Chef) c. Ontario Securities Commission* (1992), 10 O.R. (3d) 577 (C.A.), autorisation d'appel refusée, [1993] 2 R.C.S. x (*sub nom. R. du chef du Québec c. Ontario Securities Commission*); *Bennett c. British Columbia (Securities Commission)* (1992), 94 D.L.R. (4th) 339 (C.A.C.-B.)).

[46] La Constitution confère des pouvoirs au Parlement lui permettant d'adopter des lois qui touchent certains aspects de la réglementation des valeurs mobilières et, plus généralement, de promouvoir l'intégrité et la stabilité du système financier canadien. Il s'agit notamment du pouvoir du Parlement d'édicter des lois relatives au droit criminel (par. 91(27)), aux banques (par. 91(15)), aux faillites (par. 91(21)), aux télécommunications (art. 91 et al. 92(10)a)) et à la paix, à l'ordre et au bon gouvernement (art. 91) (*Multiple Access; Bell Canada c. Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 R.C.S. 749, p. 765-766; *Smith c. The Queen*, [1960] R.C.S. 776, p. 781). Le Parlement a exercé ses pouvoirs en adoptant, par exemple, les lois et dispositions suivantes : la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*, L.R.C. 1985, ch. C-44; le *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, par. 380(2) et art. 382, 382.1, 383, 384 et 400; la *Loi sur les banques*, L.C. 1991, ch. 46; la *Loi sur l'investissement Canada*, L.R.C. 1985, ch. 28 (1^{er} suppl.); la *Loi sur*

the *Bankruptcy and Insolvency Act*, R.S.C. 1985, c. B-3, Part XII. Finally, s. 91(2) of the *Constitution Act, 1867* gives Parliament power over the regulation of trade and commerce. This power has two branches: the power over interprovincial and international commerce (*Citizens Insurance Co. of Canada v. Parsons* (1881), 7 App. Cas. 96 (P.C.) (“*Parsons*”)) and the general trade and commerce power that authorizes laws where the national interest is engaged in a manner that is qualitatively different from provincial concerns, as discussed more fully later in these reasons.

[47] Canada bases its argument that the proposed Act is constitutional entirely on the s. 91(2) general trade and commerce power. It does not rely on the s. 91(2) power over interprovincial trade which gives Parliament the power to legislate on interprovincial and international aspects of securities. Nor does it invoke other heads of powers under the Constitution. The only question before us therefore is whether the Act can be supported under the general trade and commerce power.

C. *Securities Regulation in Other Federal States*

[48] Canada is not the only federation where the issue of the balance between local and national regulation of securities has arisen. While the solution arrived at in each country is a product of its own constitutional arrangements and imperatives, experience in other federal states suggests that power sharing between the central and local levels of government in this area can succeed.

[49] The German Constitution provides that the *Länder* may enact securities laws, but that the Federation may exercise its legislative power, “if

la compensation et le règlement des paiements, L.C. 1996, ch. 6, ann.; la *Loi sur les télécommunications*, L.C. 1993, ch. 38; la *Loi sur la faillite et l’insolvabilité*, L.R.C. 1985, ch. B-3, partie XII. Finalement, le par. 91(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867* confère au Parlement le pouvoir de réglementer le trafic et le commerce. Ce pouvoir comporte deux volets : d’une part, le pouvoir quant au commerce interprovincial et international (*Citizens Insurance Co. of Canada c. Parsons* (1881), 7 App. Cas. 96 (C.P.) (« *Parsons* »)) et, d’autre part, le pouvoir général en matière de trafic et de commerce qui autorise le Parlement à édicter des lois lorsqu’un intérêt national est mis en jeu d’une manière qui est, sur le plan qualitatif, différente des enjeux provinciaux, ce dont nous discuterons plus en détail ultérieurement dans les présents motifs.

[47] Le Canada fonde sa thèse, selon laquelle la loi proposée est valide sur le plan constitutionnel, entièrement sur le pouvoir général en matière de trafic et de commerce que lui confère le par. 91(2). Il ne se fonde pas sur le pouvoir relatif aux aspects interprovinciaux et internationaux du commerce des valeurs mobilières visés au même paragraphe. Il n’invoque pas non plus d’autres chefs de compétence prévus dans la Constitution. Par conséquent, la seule question dont nous sommes saisis est celle de savoir si la Loi peut être jugée valide en vertu du pouvoir général en matière de trafic et de commerce.

C. *La réglementation des valeurs mobilières dans d’autres États fédératifs*

[48] Le Canada n’est pas la seule fédération où la question de l’équilibre entre les réglementations locales et nationale des valeurs mobilières a été soulevée. Bien que la solution retenue dans chaque pays soit le fruit de son propre régime constitutionnel et de ses propres impératifs, l’expérience d’autres États fédératifs suggère qu’un partage du pouvoir en cette matière, entre les échelons central et locaux de gouvernement, peut réussir.

[49] La Constitution allemande prévoit que les *Länder* peuvent édicter des lois sur les valeurs mobilières, mais que la Fédération peut exercer

and to the extent that . . . the maintenance of legal or economic unity renders federal regulation necessary in the national interest” (Basic Law, art. 72(1) and (2)). This division of responsibility has led to a three-tiered supervisory system. The federally empowered regulatory agency dominates the first tier of regulation. The *Länder* have a consultative role in the selection of the agency president, maintain control offices for securities trading and establish stock exchange regulatory agencies which exercise control over the registration or dissolution of a stock exchange located within their territory. Each stock exchange has a Trading Surveillance Office, whose task is to independently monitor the trading and settlement of trades at the exchange.

[50] In Australia, a period of discussion between the Commonwealth and the states culminated, in the early 1990s, in a cooperative scheme for corporate and securities law characterized by cross-vesting of jurisdiction. This national scheme faced constitutional setbacks following judgments of the High Court (*Re Wakim; Ex parte McNally*, [1999] HCA 27, 198 C.L.R. 511; *R. v. Hughes*, [2000] HCA 22, 202 C.L.R. 535). In the wake of the constitutional uncertainty that followed, all states agreed to refer sufficient powers to the Commonwealth to enact corporate and securities law, a process authorized by the Australian Constitution. Since 2001, the national scheme of securities regulation that presently exists in Australia is premised on powers referred by the states to the Commonwealth.

[51] The Commerce Clause in the United States Constitution gives the federal government the power to “regulate commerce . . . among the several states” (art. I, § 8, cl. 3). Owing to this language, while states may regulate all aspects of securities trading within their jurisdiction, the federal

son pouvoir législatif [TRADUCTION] « lorsque et pour autant que [. . .] la sauvegarde de l’unité juridique ou économique dans l’intérêt de l’ensemble de l’État ren[d] nécessaire une réglementation législative fédérale » (Loi fondamentale, par. 72(1) et (2)). Ce partage des responsabilités a mené à un système de supervision à trois paliers. L’agence de réglementation qui tient son pouvoir du gouvernement fédéral domine le premier de ces paliers. Les *Länder* assument un rôle consultatif quant au choix du président de l’agence, ils assurent l’existence de bureaux de contrôle du commerce des valeurs mobilières et ils créent les agences de réglementation des bourses des valeurs mobilières qui, elles, exercent un contrôle sur l’enregistrement ou la dissolution d’une bourse sur leur territoire. Chaque bourse est dotée d’un bureau de surveillance des échanges chargé de surveiller, en toute indépendance, les échanges et le règlement des transactions à la bourse.

[50] En Australie, une période de discussion entre le Commonwealth et les États a abouti, au début des années 90, à la mise en place d’un régime coopératif en ce qui a trait au droit des sociétés et des valeurs mobilières. Il s’agit d’un régime caractérisé par une attribution mutuelle de compétences. Ce régime national a subi une série de reculs par suite d’arrêts de la Haute Cour d’Australie fondés sur la Constitution (*Re Wakim; Ex parte McNally*, [1999] HCA 27, 198 C.L.R. 511; *R. c. Hughes*, [2000] HCA 22, 202 C.L.R. 535). Dans le contexte d’incertitude constitutionnelle qui a suivi, tous les États ont convenu de céder suffisamment de pouvoirs au Commonwealth pour qu’il édicte les lois sur les sociétés et sur les valeurs mobilières, un processus autorisé par la Constitution australienne. Ainsi, le régime national australien de réglementation des valeurs mobilières en place depuis 2001 est fondé sur les pouvoirs que les États ont cédés au Commonwealth.

[51] La clause commerciale de la Constitution des États-Unis confère au gouvernement fédéral le pouvoir de [TRADUCTION] « réglementer le commerce [. . .] entre les divers États » (art. I, § 8, cl. 3). Compte tenu du libellé de cette disposition, bien que les États puissent réglementer tous les

government may choose to regulate virtually all aspects of interstate securities trading. In the event of conflict, U.S. constitutional law has long recognized that state laws are of no effect and are “pre-empted” by federal law, owing to the Supremacy Clause in art. VI, cl. 2, of the Constitution.

[52] In 1996, the U.S. Congress passed the *National Securities Markets Improvement Act of 1996*, Pub. L. 104-290, § 102, 110 Stat. 3416, 3417, which amended s. 18 of the *Securities Act of 1933* (now 15 U.S.C. § 77r), and effectively pre-empted state securities law as it applied to the great majority of United States issuers. However, this pre-emption did not exclude state participation in securities regulation. Securities are typically subject to “local regulation in the state where the issuer is headquartered, the state from which any offering materials are dispatched or where any oral offers are made, the state where the offerees have their domicile, and the state to which offering materials are sent” (J. Macey, *An Analysis of the Canadian Federal Government’s Initiative to Create a National Securities Regulator* (2010), Reference Record, vol. XII, 37, at pp. 87-88). Local regulation manifests itself most prominently in the areas of local enforcement and policy.

V. Constitutional Principles

[53] Before answering the question at hand — whether the Act falls within the federal general trade and commerce power under s. 91(2) — it is necessary to canvass the main constitutional principles engaged in this case.

A. *The Federalism Principle: An Historic View*

[54] Sections 91 and 92 of the *Constitution Act, 1867* divide legislative powers between Parliament and the provincial legislatures. This division

aspects du commerce des valeurs mobilières qui a cours sur leur territoire, le gouvernement fédéral peut choisir de réglementer pratiquement tous les aspects du commerce des valeurs mobilières inter-États. Advenant un conflit, le droit constitutionnel américain a reconnu depuis longtemps que les lois fédérales l'emportent sur les lois des États qui sont alors sans effet, compte tenu de l'art. VI, cl. 2, de la Constitution qui consacre la primauté des lois du gouvernement central.

[52] En 1996, le Congrès américain a édicté la *National Securities Markets Improvement Act of 1996*, Pub. L. 104-290, § 102, 110 Stat. 3416, 3417, qui a modifié l'art. 18 de la *Securities Act of 1933* (maintenant 15 U.S.C. § 77r). Dans les faits, cette nouvelle loi a supplanté les mesures législatives des États sur les valeurs mobilières, puisqu'elle s'appliquait à la vaste majorité des émetteurs états-unis. Cependant, cette primauté n'excluait pas la participation des États dans la réglementation des valeurs mobilières. En effet, celles-ci sont, en règle générale, assujetties à la [TRADUCTION] « réglementation locale de l'État où l'émetteur a son siège social, de l'État d'où émane tout matériel offert ou d'où sont faites des offres verbales, de l'État où les offrans sont domiciliés et de l'État vers lequel le matériel offert est expédié » (J. Macey, *An Analysis of the Canadian Federal Government’s Initiative to Create a National Securities Regulator* (2010), dossier du renvoi, vol. XII, 37, p. 87-88). La réglementation locale se manifeste de la façon la plus évidente dans les domaines de la mise en application et de la politique locales.

V. Principes constitutionnels

[53] Avant de répondre à la question en litige — soit celle de savoir si la Loi relève du pouvoir général du fédéral en matière de trafic et de commerce prévu au par. 91(2) — il est utile de décrire les principaux principes constitutionnels en jeu en l'espèce.

A. *Le principe du fédéralisme : un aperçu historique*

[54] Les articles 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867* partagent les pouvoirs législatifs entre le Parlement et les législatures provinciales.

remains the “primary textual expression of the principle of federalism in our Constitution, agreed upon at Confederation” (*Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217 (“*Secession Reference*”), at para. 47).

[55] Inherent in a federal system is the need for an impartial arbiter of jurisdictional disputes over the boundaries of federal and provincial powers (*Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1997] 3 S.C.R. 3, at para. 124). That impartial arbiter is the judiciary, charged with “control[ling] the limits of the respective sovereignties” (*Northern Telecom Canada Ltd. v. Communication Workers of Canada*, [1983] 1 S.C.R. 733, at p. 741). Courts are guided in this task by foundational constitutional principles, which assist in the delineation of spheres of jurisdiction. Among these, the principle of federalism “has exercised a role of considerable importance in the interpretation of the written provisions of our Constitution” (*Secession Reference*, at para. 57).

[56] The Judicial Committee of the Privy Council, which was the final arbiter of Canada’s Constitution until 1949, tended to favour an exclusive powers approach. Thus, Lord Atkin in 1937 famously described the respective powers of Parliament and the provincial legislatures as “watertight compartments” (*Attorney-General for Canada v. Attorney-General for Ontario*, [1937] A.C. 326, at p. 354). However, the Judicial Committee recognized that particular matters might have both federal and provincial aspects and overlap (*Hodge v. The Queen* (1883), 9 App. Cas. 117). Privy Council jurisprudence also recognized that the Constitution must be viewed as a “living tree capable of growth and expansion within its natural limits” (*Edwards v. Attorney-General for Canada*, [1930] A.C. 124, at p. 136, *per* Lord Sankey). This metaphor has endured as the preferred approach in constitutional interpretation, ensuring “that Confederation can be adapted to new social realities” (*Reference re*

Ce partage demeure la « principale expression textuelle dans notre Constitution du principe du fédéralisme dont il a été convenu au moment de la Confédération » (*Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217 (« *Renvoi relatif à la sécession* »), par. 47).

[55] Un système fédéral repose forcément sur la nécessité qu’existe un arbitre impartial pour régler les conflits de compétence quant aux frontières entre les pouvoirs du Parlement et ceux des législatures provinciales (*Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l’Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 3, par. 124). Les juges, qui sont chargés de « contrôle[r] les bornes de la souveraineté propre » des deux paliers de gouvernement, sont cet arbitre impartial (*Northern Telecom Canada Ltée c. Syndicat des travailleurs en communication du Canada*, [1983] 1 R.C.S. 733, p. 741). Pour s’acquitter de cette tâche, les tribunaux s’appuient sur des principes constitutionnels fondamentaux qui aident à circonscrire les sphères de compétence. Parmi ceux-ci, le principe du fédéralisme a « joué un rôle d’une importance considérable dans l’interprétation du texte de la Constitution » (*Renvoi relatif à la sécession*, par. 57).

[56] Le Comité judiciaire du Conseil privé, qui était l’ultime arbitre quant à la Constitution du Canada jusqu’en 1949, a eu tendance à favoriser une approche fondée sur l’exclusivité des pouvoirs. Ainsi, en 1937, lord Atkin a formulé sa célèbre description des compétences respectives du Parlement et des législatures provinciales comme étant des [TRADUCTION] « compartiments étanches » (*Attorney-General for Canada c. Attorney-General for Ontario*, [1937] A.C. 326, p. 354). En revanche, le Comité judiciaire a reconnu que certains domaines pouvaient avoir tant des aspects fédéraux que des aspects provinciaux et se chevaucher (*Hodge c. The Queen* (1883), 9 App. Cas. 117). La jurisprudence du Conseil privé a également reconnu que la Constitution doit être considérée comme un [TRADUCTION] « arbre vivant susceptible de croître et de se développer à l’intérieur de ses limites naturelles » (*Edwards c. Attorney-General for Canada*, [1930] A.C. 124, p. 136, lord Sankey).

Employment Insurance Act (Can.), ss. 22 and 23, 2005 SCC 56, [2005] 2 S.C.R. 669, at para. 9, *per* Deschamps J.).

[57] The Supreme Court of Canada, as final arbiter of constitutional disputes since 1949, moved toward a more flexible view of federalism that accommodates overlapping jurisdiction and encourages intergovernmental cooperation — an approach that can be described as the “dominant tide” of modern federalism (*OPSEU v. Ontario (Attorney General)*, [1987] 2 S.C.R. 2, at p. 18). See also *P.E.I. Potato Marketing Board v. H. B. Willis Inc.*, [1952] 2 S.C.R. 392; *Lord’s Day Alliance of Canada v. Attorney General of British Columbia*, [1959] S.C.R. 497; *Coughlin v. Ontario Highway Transport Board*, [1968] S.C.R. 569.

[58] If there was any doubt that this Court had rejected rigid formalism in favour of accommodating cooperative intergovernmental efforts, it has been dispelled by several decisions of this Court over the past decade. For instance, in *Fédération des producteurs de volailles du Québec v. Pelland*, 2005 SCC 20, [2005] 1 S.C.R. 292, the Court considered a comprehensive and “seamless” scheme for chicken production and marketing created by agreement between the federal and provincial governments. Abella J., writing for the Court, upheld the provincial legislative component of the federal-provincial scheme, which could operate to limit the production of chicken destined for the interprovincial market, and observed:

In my view, the 1978 Federal-Provincial Agreement, like the scheme in the *Egg Reference* [*Reference re Agricultural Products Marketing Act*, [1978] 2 S.C.R. 1198], both reflects and reifies Canadian federalism’s constitutional creativity and cooperative flexibility. [para. 15]

[59] Dickson C.J., in concurring reasons in *OPSEU*, summarized the situation aptly:

Cette métaphore perdue et constitue l’approche préférée en matière d’interprétation constitutionnelle puisqu’elle garantit « que le pacte confédératif [peut] répondre aux réalités nouvelles » (*Renvoi relatif à la Loi sur l’assurance-emploi (Can.)*, art. 22 et 23, 2005 CSC 56, [2005] 2 R.C.S. 669, par. 9, la juge Deschamps).

[57] En tant qu’arbitre ultime depuis 1949 des litiges constitutionnels, la Cour suprême du Canada a adopté une vision plus souple du fédéralisme qui permet le chevauchement des compétences et qui encourage la coopération intergouvernementale — une approche qui peut être décrite comme le « courant dominant » du fédéralisme moderne (*SEFPO c. Ontario (Procureur général)*, [1987] 2 R.C.S. 2, p. 18). Voir aussi *P.E.I. Potato Marketing Board c. H. B. Willis Inc.*, [1952] 2 R.C.S. 392; *Lord’s Day Alliance of Canada c. Attorney General of British Columbia*, [1959] R.C.S. 497; *Coughlin c. Ontario Highway Transport Board*, [1968] R.C.S. 569.

[58] S’il persistait quelque doute que ce soit quant au fait que la Cour a rejeté l’approche formaliste rigide pour favoriser les efforts d’accommodements et de coopération entre les gouvernements, il a été dissipé par plusieurs décisions qu’elle a rendues durant la dernière décennie. Par exemple, dans *Fédération des producteurs de volailles du Québec c. Pelland*, 2005 CSC 20, [2005] 1 R.C.S. 292, la Cour s’est penchée sur un régime exhaustif et harmonieux de production et de commercialisation du poulet découlant d’un accord entre les gouvernements fédéral et provinciaux. La juge Abella, s’exprimant au nom de la Cour, a conclu à la validité du volet législatif provincial du régime fédéral-provincial, qui pouvait limiter la production de poulets destinés au marché interprovincial et a observé :

Selon moi, l’Accord fédéral-provincial de 1978, tout comme le programme établi dans le *Renvoi sur les œufs* [*Renvoi relatif à la Loi sur l’organisation du marché des produits agricoles*, [1978] 2 R.C.S. 1198], reflète en les concrétisant la créativité constitutionnelle et la souplesse coopérative du fédéralisme canadien. [par. 15]

[59] Le juge en chef Dickson, qui a rédigé des motifs concurrents dans *SEFPO*, a bien résumé la situation :

The history of Canadian constitutional law has been to allow for a fair amount of interplay and indeed overlap between federal and provincial powers. It is true that doctrines like interjurisdictional and Crown immunity and concepts like “watertight compartments” qualify the extent of that interplay. But it must be recognized that these doctrines and concepts have not been the dominant tide of constitutional doctrines; rather they have been an undertow against the strong pull of pith and substance, the aspect doctrine and, in recent years, a very restrained approach to concurrency and paramountcy issues. [p. 18]

[60] As Dickson C.J. pointed out, a restrained approach to doctrines like federal paramountcy is warranted. This point was reiterated by Binnie and LeBel JJ. in *Canadian Western Bank v. Alberta*, 2007 SCC 22, [2007] 2 S.C.R. 3, where the Court said:

The [constitutional] doctrines [developed by the courts] must also be designed to reconcile the legitimate diversity of regional experimentation with the need for national unity [and] they must include a recognition that the task of maintaining the balance of powers in practice falls primarily to governments, and constitutional doctrine must facilitate, not undermine what this Court has called “co-operative federalism” (*Husky Oil Operations Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1995] 3 S.C.R. 453, at para. 162; *Reference re Employment Insurance Act (Can.)*, ss. 22 and 23, [2005] 2 S.C.R. 669, 2005 SCC 56, at para. 10). [para. 24]

[61] While flexibility and cooperation are important to federalism, they cannot override or modify the separation of powers. The *Secession Reference* affirmed federalism as an underlying constitutional principle that demands respect for the constitutional division of powers and the maintenance of a constitutional balance between federal and provincial powers.

[62] In summary, notwithstanding the Court’s promotion of cooperative and flexible federalism, the constitutional boundaries that underlie the division of powers must be respected. The “dominant

Historiquement, le droit constitutionnel canadien a permis passablement d’interaction et même de chevauchement en ce qui concerne les pouvoirs fédéraux et provinciaux. Il est vrai que des principes comme celui de l’exclusivité des compétences et celui de l’immunité de Sa Majesté ainsi que des notions comme celle des « compartiments étanches » restreignent l’étendue de cette interaction. Il faut cependant reconnaître que ces principes et notions n’ont pas représenté le courant dominant en matière constitutionnelle; ils ont constitué plutôt un contre-courant opposé à l’effet puissant du principe du caractère véritable et du double aspect et, au cours des dernières années, une façon très limitée d’aborder les questions de conflit et de prépondérance en matière législative. [p. 18]

[60] Comme l’a souligné le juge en chef Dickson, il est souhaitable d’adopter une approche restrictive des principes comme celui de la prépondérance fédérale. Ce point de vue a été réitéré par les juges Binnie et LeBel dans *Banque canadienne de l’Ouest c. Alberta*, 2007 CSC 22, [2007] 2 R.C.S. 3, lorsque la Cour a affirmé :

Ces doctrines [constitutionnelles élaborées par les tribunaux] doivent aussi viser à concilier la diversité légitime des expérimentations régionales avec le besoin d’unité nationale [et] [e]lles doivent [. . .] reconnaître que, concrètement, le maintien de l’équilibre des compétences relève avant tout des gouvernements, et doivent faciliter et non miner ce que notre Cour a appelé un « fédéralisme coopératif » (*Husky Oil Operations Ltd. c. Ministre du Revenu national*, [1995] 3 R.C.S. 453, par. 162; *Renvoi relatif à la Loi sur l’assurance-emploi (Can.)*, art. 22 et 23, [2005] 2 R.C.S. 669, 2005 CSC 56, par. 10). [par. 24]

[61] Bien que les principes de flexibilité et de coopération soient importants pour le bon fonctionnement d’un État fédéral, ils ne peuvent l’emporter sur le partage des compétences ou le modifier. Le *Renvoi relatif à la sécession* a confirmé que le fédéralisme est un principe constitutionnel sous-jacent qui exige le respect du partage constitutionnel des compétences et le maintien d’un équilibre constitutionnel entre les pouvoirs du fédéral et ceux des provinces.

[62] En somme, même si la Cour préconise un fédéralisme coopératif et souple, les frontières constitutionnelles qui sous-tendent le partage des compétences doivent être respectées. Le

tide” of flexible federalism, however strong its pull may be, cannot sweep designated powers out to sea, nor erode the constitutional balance inherent in the Canadian federal state.

B. *Pith and Substance and Double Aspect*

[63] The “pith and substance” analysis is used by Canadian courts to determine the constitutional validity of legislation from a division of powers perspective. The analysis looks at the *purpose* and *effects* of the law to identify its “main thrust” as a first step in determining whether a law falls within a particular head of power (in this case the s. 91(2) general trade and commerce power) (*RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199, at para. 29; *Quebec (Attorney General) v. Lacombe*, 2010 SCC 38, [2010] 2 S.C.R. 453, at para. 20; *Kitkatla Band v. British Columbia (Minister of Small Business, Tourism and Culture)*, 2002 SCC 31, [2002] 2 S.C.R. 146, at para. 53). Incidental effects may be discounted; the search is for the main thrust of the law (*Canadian Western Bank*, at para. 28).

[64] Intrinsic evidence, such as purpose clauses and the general structure of the statute, may reveal the *purpose* of a law. Extrinsic evidence, such as Hansard or other accounts of the legislative process, may also assist in determining a law’s purpose. The *effects* of a law include the legal effect of the text as well as practical consequences of the application of the statute (*Lacombe*, at para. 20; *Kitkatla*, at para. 54).

[65] After analyzing the legislation’s purpose and its effects to determine its main thrust, the inquiry turns to whether the legislation so characterized falls under the head of power said to support it — the classification stage (*Reference re Firearms Act (Can.)*, 2000 SCC 31, [2000] 1 S.C.R. 783, at para. 15). This may require interpretation of the scope of the power. If the main thrust of the legislation is properly classified as falling under a head of power

« courant dominant » du fédéralisme souple, aussi fort soit-il, ne peut autoriser à jeter des pouvoirs spécifiques par-dessus bord, ni à éroder l’équilibre constitutionnel inhérent à l’État fédéral canadien.

B. *Le caractère véritable et le double aspect*

[63] Les tribunaux canadiens utilisent l’analyse du « caractère véritable » pour juger de la validité constitutionnelle des lois du point de vue du partage des compétences. Le recours à cette doctrine suppose de se pencher sur l’*objet* et les *effets* de la loi comme première étape pour décider si elle relève d’un chef de compétence donné (en l’espèce, le pouvoir général en matière de trafic et de commerce prévu au par. 91(2)) (*RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199, par. 29; *Québec (Procureur général) c. Lacombe*, 2010 CSC 38, [2010] 2 R.C.S. 453, par. 20; *Bande Kitkatla c. Colombie-Britannique (Ministre des Petites et moyennes entreprises, du Tourisme et de la Culture)*, 2002 CSC 31, [2002] 2 R.C.S. 146, par. 53). Les effets incidents n’importent pas; la démarche consiste, en effet, à trouver le caractère véritable de la loi (*Banque canadienne de l’Ouest*, par. 28).

[64] La preuve intrinsèque, telles les dispositions qui énoncent les objectifs et la structure générale du texte législatif, peut en révéler l’*objet*. La preuve extrinsèque, comme le Hansard ou d’autres comptes rendus du processus législatif, peut aussi contribuer à déterminer quel est l’objet d’un texte législatif. Par ailleurs, les *effets* d’un tel texte s’entendent de son effet juridique ainsi que des conséquences pratiques de son application (*Lacombe*, par. 20; *Kitkatla*, par. 54).

[65] Après qu’ils ont analysé l’objet ainsi que les effets de la loi pour déterminer quel en est le caractère véritable, les tribunaux se penchent sur la question de savoir si la loi, ainsi qualifiée, relève du chef de compétence qui est invoqué pour en soutenir la validité — c’est l’étape de la classification (*Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu (Can.)*, 2000 CSC 31, [2000] 1 R.C.S. 783, par. 15). Il peut alors être nécessaire d’interpréter la portée de la

assigned to the adopting level of government, the legislation is *intra vires* and valid.

[66] Canadian constitutional law has long recognized that the same subject or “matter” may possess both federal and provincial aspects. This means that a federal law may govern a matter from one perspective and a provincial law from another. The federal law pursues an objective that in pith and substance falls within Parliament’s jurisdiction, while the provincial law pursues a different objective that falls within provincial jurisdiction (*Canadian Western Bank*, at para. 30). This concept, known as the double aspect doctrine, allows for the *concurrent application* of both federal and provincial legislation, but it does not create *concurrent jurisdiction* over a matter (in the way, for example, s. 95 of the *Constitution Act, 1867* does for agriculture and immigration).

[67] Canada argues that the main thrust of the proposed Act brings it within the general branch of Parliament’s jurisdiction over trade and commerce. It is to this head of power that we now turn.

VI. Section 91(2): The Federal Trade and Commerce Power

[68] Canada contends that securities have evolved in a way that brings the entire field of securities regulation under the general branch of the s. 91(2) trade and commerce power, even if some aspects also fall under provincial competence in relation to property and civil rights in the province. To support this contention, Canada seeks to establish that the main thrust of the Act falls under the s. 91(2) general trade and commerce power. As noted earlier, Canada grounds its submission in support of the Act’s constitutionality entirely on this power.

compétence visée. Si le caractère véritable de la loi est classé à bon droit comme relevant d’un des chefs de compétence du gouvernement qui l’a adoptée, la loi est *intra vires* et valide.

[66] Le droit constitutionnel canadien reconnaît depuis longtemps que le même sujet ou la même « matière » peut avoir à la fois un aspect provincial et un autre fédéral. Ainsi, une loi fédérale peut régir une matière d’un point de vue et une loi provinciale la régir d’un autre point de vue. La loi fédérale vise alors un objectif dont le caractère véritable relève de la compétence du Parlement, tandis que la loi provinciale vise un objectif différent qui relève de la compétence provinciale (*Banque canadienne de l’Ouest*, par. 30). Ce concept, connu sous le nom de doctrine du double aspect, ouvre la voie à l’*application concurrente* de législations fédérale et provinciales, mais ne crée pas de *compétence concurrente* sur une matière (comme le fait, par exemple, l’art. 95 de la *Loi constitutionnelle de 1867* en matière d’agriculture et d’immigration).

[67] Le Canada fait valoir que la loi proposée, de par son caractère véritable, relève du pouvoir général du Parlement en matière de trafic et de commerce. C’est donc maintenant de ce pouvoir dont nous allons traiter.

VI. Le paragraphe 91(2) : le pouvoir du fédéral en matière de trafic et de commerce

[68] Selon le Canada, le secteur des valeurs mobilières a évolué de telle manière que l’ensemble du domaine de la réglementation des valeurs mobilières relève du volet général du pouvoir relatif au trafic et au commerce prévu au par. 91(2) — même si certains aspects du secteur relèvent aussi de la compétence provinciale en matière de propriété et de droits civils dans la province. Pour le démontrer, le Canada tente d’établir que le caractère véritable de la Loi relève du pouvoir général en matière de trafic et de commerce prévu au par. 91(2). Comme nous l’avons souligné précédemment, le Canada se fonde uniquement sur ce pouvoir pour étayer sa thèse selon laquelle la Loi est valide sur le plan constitutionnel.

[69] As discussed in the preceding section, as a general rule, determining the validity of a statute proceeds in two steps: (1) identifying the main thrust of the legislation having regard to its purpose and effects; and (2) asking whether the main thrust falls under the head of power said to support it. In this case, the validity of the Act ultimately comes down to the breadth of the general branch of the federal trade and commerce power under s. 91(2) of the *Constitution Act, 1867*. We therefore turn next to the jurisprudence on s. 91(2).

[70] On its face, the general trade and commerce power (as distinguished from the more specific federal power to regulate interprovincial and international trade and commerce) is broad — so broad that it has the potential to permit federal duplication (and, in cases of conflict, evisceration) of the provincial powers over large aspects of property and civil rights and local matters. This would upset the constitutional balance envisaged by ss. 91 and 92 and undermine the federalism principle. To avoid this result, the trade and commerce power has been confined to matters that are genuinely national in scope and qualitatively distinct from those falling under provincial heads of power relating to local matters and property and civil rights. The essence of the general trade and commerce power is its national focus.

[71] In the delineation of the scope of the general trade and commerce power, courts have been guided by fundamental underlying constitutional principles. The Canadian federation rests on the organizing principle that the orders of government are coordinate and not subordinate one to the other. As a consequence, a federal head of power cannot be given a scope that would eviscerate a provincial legislative competence. This is one of the principles that underlies the Constitution (*Secession Reference*, at para. 58, citing *Re the Initiative*

[69] Comme nous l'avons vu dans la section précédente, l'examen de la validité d'une loi s'effectue normalement en deux temps. Premièrement, il faut déterminer le caractère véritable de la mesure législative, selon son objet et ses effets et, deuxièmement, voir si ce caractère véritable s'inscrit bel et bien dans le chef de compétence avancé. En l'espèce, la validité de la Loi dépend en définitive de la teneur du volet général du pouvoir conféré au législateur fédéral relativement au trafic et au commerce par le par. 91(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Il convient donc d'aborder maintenant la jurisprudence portant sur cette disposition.

[70] À première vue, le pouvoir général relatif au trafic et au commerce (qu'il ne faut pas confondre avec la compétence plus particulière du législateur fédéral relative au trafic et au commerce interprovincial et international) est large — si large, qu'il pourrait théoriquement faire double emploi avec celui des provinces quant à de vastes pans des questions de propriété et de droits civils et des questions d'une nature purement locale (et, en cas de conflit, le vider de son essence). Or, une telle interprétation romprait l'équilibre constitutionnel créé par les art. 91 et 92 et minerait le principe du fédéralisme. Pour éviter un tel résultat, les tribunaux ont restreint la portée du pouvoir relatif au trafic et au commerce aux matières d'une nature véritablement nationale et différente sur le plan qualitatif de celles qui sont visées par les chefs de compétence provinciale intéressant les matières locales ainsi que la propriété et les droits civils. L'essence du pouvoir général relatif au trafic et au commerce repose sur son optique nationale.

[71] Pour définir la portée du pouvoir général relatif au trafic et au commerce, les tribunaux se sont fondés sur les principes fondamentaux qui sous-tendent la Constitution. La fédération canadienne repose sur le principe selon lequel les deux ordres de gouvernement sont coordonnés, et non subordonnés. Par conséquent, un chef de compétence fédérale ne saurait se voir attribuer une teneur qui viderait de son essence une compétence provinciale. Il s'agit d'un des principes qui sous-tendent la Constitution (*Renvoi relatif à la sécession*, par. 58,

and Referendum Act, [1919] A.C. 935 (P.C.), at p. 942).

[72] The jurisprudence on the general trade and commerce power reflects this fundamental principle. An overly expansive interpretation of the federal trade and commerce power under s. 91(2) not only would subsume many more specific federal heads of power (e.g., federal power over banking (s. 91(15)), weights and measures (s. 91(17)), bills of exchange and promissory notes (s. 91(18))), but, more importantly, would have the potential to duplicate and perhaps displace, through the paramountcy doctrine, the clear provincial powers over local matters and property and civil rights which embrace trade and commerce in the province. Duff J. (as he then was) expressed this concern in the following manner in *Lawson v. Interior Tree Fruit and Vegetable Committee of Direction*, [1931] S.C.R. 357:

The scope which might be ascribed to head 2, s. 91 (if the natural meaning of the words, divorced from their context, were alone to be considered), has necessarily been limited, in order to preserve from serious curtailment, if not from virtual extinction, the degree of autonomy which . . . the provinces were intended to possess. [p. 366]

[73] The circumscribed scope of the general trade and commerce power can also be linked to another facet of federalism — the recognition of the diversity and autonomy of provincial governments in developing their societies within their respective spheres of jurisdiction. As stated in the *Secession Reference*, “[t]he federal structure of our country also facilitates democratic participation by distributing power to the government thought to be most suited to achieving the particular societal objective having regard to this diversity” (para. 58).

[74] Thus, the starting point is that the general trade and commerce power under s. 91(2) does not

citant l’arrêt *Re the Initiative and Referendum Act*, [1919] A.C. 935 (C.P.), p. 942).

[72] La jurisprudence portant sur le pouvoir général relatif au trafic et au commerce reflète ce principe fondamental. Une interprétation trop large du pouvoir du fédéral conféré par le par. 91(2) aurait pour effet de faire disparaître sous cette rubrique nombre d’autres chefs de compétence fédérale (notamment ceux prévus au par. 91(15) en ce qui concerne les banques, au par. 91(17) quant aux poids et mesures et au par. 91(18) en ce qui a trait aux lettres de change et aux billets promissoires). Elle pourrait aussi surtout mener, par application de la doctrine de la prépondérance fédérale, au dédoublement, voire à la supplantation, des pouvoirs conférés clairement aux provinces sur les matières de nature locale ainsi que sur la propriété et les droits civils, des pouvoirs qui visent notamment le trafic et le commerce sur leur territoire. Le juge Duff (plus tard Juge en chef) a exprimé ainsi sa réserve dans l’arrêt *Lawson c. Interior Tree Fruit and Vegetable Committee of Direction*, [1931] R.C.S. 357 :

[TRADUCTION] La portée qu’on pourrait attribuer à la rubrique n° 2, art. 91 (s’il fallait considérer uniquement le sens ordinaire des mots, hors contexte) a été nécessairement restreinte, afin de préserver de toute diminution, sinon d’extinction effective, le degré d’autonomie dont les provinces étaient destinées à jouir . . . [p. 366]

[73] La portée circonscrite du pouvoir général relatif au trafic et au commerce participe également d’une autre facette du fédéralisme, soit la reconnaissance de la diversité des gouvernements provinciaux et de leur autonomie à concevoir leur société comme ils l’entendent dans les sphères qui relèvent d’eux. Pour reprendre un extrait du *Renvoi relatif à la sécession* : « La structure fédérale de notre pays facilite aussi la participation à la démocratie en conférant des pouvoirs au gouvernement que l’on croit le mieux placé pour atteindre un objectif sociétal donné dans le contexte de cette diversité » (par. 58).

[74] Par conséquent, nous partons du principe que le pouvoir général relatif au trafic et au commerce

encompass all trade and commerce; the power is necessarily circumscribed. At the same time, failure to give meaningful scope to the general trade and commerce power would violate the notion of balance between the federal and provincial orders of government inherent in the division of powers and impermissibly amend the Constitution.

[75] It is unnecessary to trace all the cases that have considered s. 91(2) since 1867. The first and still a leading statement of the scope of the trade and commerce power is found in *Parsons*. In that case, the Judicial Committee of the Privy Council established that a literal interpretation of the words “[t]he Regulation of Trade and Commerce” in s. 91(2) was inappropriate given the balance of powers established in the *Constitution Act, 1867*. *Parsons* also established the twin branches of the s. 91(2) power: (1) interprovincial and international trade and commerce; and (2) general trade and commerce (“general regulation of trade affecting the whole dominion” (p. 113)). The Judicial Committee further held that s. 91(2) does not include the power to regulate the contracts of a particular business or trade (p. 113).

[76] In the late 1970s and early 1980s, this Court revisited the general trade and commerce power. The “modern” trade and commerce cases have affirmed *Parsons* and taken up the task of developing indicia for matters that would properly fall within the general branch of s. 91(2) — an effort that culminated with the five indicia proposed in *General Motors of Canada Ltd. v. City National Leasing*, [1989] 1 S.C.R. 641. The test set forth in *General Motors*, to which we will shortly return, finds its origin in *Attorney General of Canada v. Canadian National Transportation, Ltd.*, [1983] 2 S.C.R. 206. In that case, Dickson J. (as he then was) emphasized the balance that *Parsons* sought to maintain, and built on indicia relied on

conféré par le par. 91(2) n’inclut pas toutes les questions touchant à ces sujets; il est nécessairement circonscrit. Cela étant dit, omettre de lui donner une portée significative porterait atteinte à l’équilibre — inhérent au partage des compétences — établi entre les ordres de gouvernement fédéral et provincial et emporterait une modification de la Constitution d’une manière qui n’est pas permise.

[75] Nul besoin d’énumérer tous les arrêts portant sur le par. 91(2) depuis 1867, mais le premier, *Parsons*, offre une description du champ de compétence relatif au trafic et au commerce qui est toujours pertinente. Dans cet arrêt, le Comité judiciaire du Conseil privé a établi qu’il ne convient pas d’interpréter littéralement le terme « [l]a réglementation du trafic et du commerce » qui figure au par. 91(2), compte tenu du partage des pouvoirs établi par la *Loi constitutionnelle de 1867*. C’est aussi à l’arrêt *Parsons* qu’on doit la distinction des deux volets de la compétence conférée par le par. 91(2), soit, d’une part, celui relatif au trafic et au commerce interprovinciaux et internationaux et, d’autre part, le pouvoir général en matière de trafic et de commerce (soit [TRADUCTION] « la réglementation générale des échanges s’appliquant à tout le Dominion » (p. 113)). Le Comité judiciaire a, en outre, conclu que le par. 91(2) n’englobe pas le pouvoir de réglementer les contrats relatifs à un domaine en particulier (p. 113).

[76] À la fin des années 70 et au début des années 80, la Cour s’est à nouveau penchée sur le pouvoir général relatif au trafic et au commerce. Ces arrêts, dits « modernes », ont confirmé les principes établis dans *Parsons* et se sont attachés à élaborer des critères servant à déterminer les matières qui ressortissent effectivement au pouvoir général visé par le par. 91(2) — un effort qui a culminé avec l’énoncé des cinq critères proposés dans *General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*, [1989] 1 R.C.S. 641. Le test énoncé dans cet arrêt, auquel nous reviendrons sous peu, tire son origine de *Procureur général du Canada c. Transports Nationaux du Canada, Ltée*, [1983] 2 R.C.S. 206. Dans cette affaire, le juge Dickson (plus tard Juge

by Laskin C.J. in *MacDonald v. Vapor Canada Ltd.*, [1977] 2 S.C.R. 134.

[77] The issue in *Canadian National Transportation* was whether the Attorney General of Canada, as distinguished from provincial attorneys general, could prosecute offences under the criminal law provisions of the *Combines Investigation Act*, R.S.C. 1970, c. C-23. The Court held that the Attorney General of Canada could do so, the majority relying on the federal criminal law power. Dickson J., while agreeing that the criminal law power could in principle validate the legislation, relied on s. 91(2) to support the federal power to prosecute combines offences.

[78] Emphasizing the need to maintain constitutional balance, Dickson J. suggested that s. 91(2) applied to matters of “general interest throughout the Dominion” (p. 261, citing *John Deere Plow Co. v. Wharton*, [1915] A.C. 330 (P.C.), at p. 340). The general interest test, he said, should be read with a view to the fact that an “overly literal conception of ‘general interest’ will endanger the very idea of the local” (p. 266). At the same time, Dickson J. warned, “there are equal dangers in swinging the telescope the other way around. The forest is no less a forest for being made up of individual trees” (p. 266).

[79] In the end, Dickson J. opined that to fall under s. 91(2), legislation must be “qualitatively different from anything that could practically or constitutionally be enacted by the individual provinces either separately or in combination” (p. 267 (emphasis added)). The focus of the legislation must be general, although its effects may have local impact. He contrasted laws directed at “general regulation of the national economy” with laws “merely aimed at centralized control over a large number of local economic entities”, indicating that

en chef) a insisté sur l'équilibre que l'arrêt *Parsons* visait à maintenir et s'est inspiré des critères sur lesquels s'était fondé le juge en chef Laskin dans *MacDonald c. Vapor Canada Ltd.*, [1977] 2 R.C.S. 134.

[77] L'affaire *Transports Nationaux du Canada* soulevait la question de savoir si le procureur général du Canada, par opposition à ceux des provinces, est habilité à mener des poursuites en vertu des dispositions criminelles de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, S.R.C. 1970, ch. C-23. Les juges majoritaires ont répondu par l'affirmative, faisant reposer leur conclusion sur le pouvoir conféré au Parlement en matière criminelle. Tout en souscrivant à l'opinion selon laquelle le pouvoir en matière de droit criminel pouvait, en principe, valider la loi, le juge Dickson a rattaché, pour sa part, au par. 91(2) la compétence fédérale de poursuivre en cas de coalitions.

[78] Mettant l'accent sur la nécessité de maintenir l'équilibre constitutionnel, le juge Dickson a laissé entendre que le par. 91(2) englobe des matières d'« intérêt général dans tout le pays » (p. 261, citant l'arrêt *John Deere Plow Co. c. Wharton*, [1915] A.C. 330 (C.P.), p. 340). À son avis, le critère de l'intérêt général devrait être interprété en tenant compte du fait qu'une « conception trop littérale de [cette notion] met en danger l'idée même de l'intérêt local » (p. 266). Cela étant dit, il a émis la mise en garde suivante : « . . . l'inverse est tout aussi dangereux. Il ne faut pas qu'à force d'insister sur le particulier on vienne à négliger l'ensemble » (p. 266).

[79] Ultimement, le juge Dickson a décrit en ces termes la loi qui relève du par. 91(2) : « Du point de vue qualitatif, une pareille législation est différente de ce que les provinces, agissant séparément ou conjointement, pourraient pratiquement ou constitutionnellement adopter » (p. 267 (nous soulignons)). La loi doit avant tout revêtir un caractère général, même si elle peut avoir des incidences locales. Il a établi une distinction entre les lois constituant « une réglementation générale de l'économie nationale et celles qui ont simplement pour objet d'assurer un

only the former fit within the purview of s. 91(2) (p. 267).

[80] In *General Motors*, the issue was the constitutionality of a civil right of action conferred by a provision of the federal *Combines Investigation Act*. Dickson C.J. delivered the opinion of the Court, upholding the right to a civil action and the statute generally under s. 91(2). Adopting his analysis in *Canadian National Transportation*, he emphasized the need to strike a balance between ss. 91(2) and 92(13). He went on to suggest five indicia of federal competence: (1) whether the impugned law is part of a general regulatory scheme; (2) whether the scheme is under the oversight of a regulatory agency; (3) whether the legislation is concerned with trade as a whole rather than with a particular industry; (4) whether it is of such a nature that provinces, acting alone or in concert, would be constitutionally incapable of enacting it; and (5) whether the legislative scheme is such that the failure to include one or more provinces or localities in the scheme would jeopardize its successful operation in other parts of the country (pp. 661-62).

[81] Dickson C.J. explained that where the general trade and commerce power is advanced as a ground of constitutional validity, a “careful case by case analysis remains appropriate” (*General Motors*, at p. 663). He further cautioned that the indicia of validity are not exhaustive, nor is it necessary that they be present in every case (pp. 662-63). He noted that the final three share a common theme — namely “that the scheme of regulation [must be] national in scope and that local regulation would be inadequate” (p. 678). He held that the regulation of competition met the test because it was not an issue of purely local concern but “one of crucial importance for the national economy” (p. 678). If the federal government were not able to legislate, there would be a gap, in practical effect, in the distribution of legislative powers.

contrôle centralisé sur un grand nombre d’entités économiques locales », précisant que seules les premières relèvent du par. 91(2) (p. 267).

[80] L’arrêt *General Motors* mettait en cause la constitutionnalité du droit d’action de nature civile prévu par une disposition de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, une loi fédérale. Le juge en chef Dickson a rédigé l’opinion de la Cour qui a confirmé la validité du droit d’intenter un recours civil et de la loi en général en vertu du par. 91(2). Reprenant l’analyse qu’il avait faite dans *Transports Nationaux du Canada*, il a réitéré le besoin d’établir un équilibre entre les par. 91(2) et 92(13) et formulé cinq critères permettant de conclure à la compétence fédérale : (1) La mesure législative contestée s’inscrit-elle dans un régime général de réglementation? (2) Le régime fait-il l’objet de surveillance par un organisme de réglementation? (3) La mesure législative porte-t-elle sur le commerce dans son ensemble plutôt que sur un secteur en particulier? (4) Le régime est-il d’une nature telle que la Constitution n’habiliterait pas les provinces, seules ou de concert, à l’adopter? (5) L’omission d’inclure une seule ou plusieurs provinces ou localités dans le régime législatif en compromettrait-elle l’application dans d’autres parties du pays? (p. 661-662).

[81] Le juge en chef Dickson a expliqué que lorsque le pouvoir général en matière de trafic et de commerce est invoqué pour fonder la validité constitutionnelle, un « examen méticuleux de chaque cas demeure approprié » (*General Motors*, p. 663). Il a, en outre, précisé que cette liste de critères de validité n’est pas exhaustive et que la présence de tous les éléments qui la constituent n’est pas nécessaire dans chaque cas (p. 662-663). Il a fait remarquer que les trois derniers critères ont cela de commun « que le [régime] de réglementation [doit être] de portée nationale et qu’une réglementation locale serait insuffisante » (p. 678). Il est arrivé à la conclusion que la réglementation de la concurrence satisfaisait à ces critères, car il s’agissait d’une question non pas d’intérêt purement local, mais « d’importance capitale pour l’économie canadienne » (p. 678). Si le Parlement était incapable de légiférer à cet égard, c’est qu’il y aurait, en pratique, une lacune dans le partage des pouvoirs législatifs.

[82] This Court confirmed this approach in *Kirkbi AG v. Ritvik Holdings Inc.*, 2005 SCC 65, [2005] 3 S.C.R. 302, holding, *per* LeBel J., that the federal *Trade-marks Act*, R.S.C. 1985, c. T-13, was concerned with trade as a whole rather than trade within a particular industry, since trademarks “apply across and between industries in different provinces” (para. 29).

[83] When *Canadian National Transportation, General Motors* and *Kirkbi AG* are read together, a common theme emerges. Provided the law is part of a general regulatory scheme aimed at trade and commerce under oversight of a regulatory agency, it will fall under the general federal trade and commerce power if the matter regulated is genuinely national in importance and scope. To be genuinely national in importance and scope, it is not enough that the matter be replicated in all jurisdictions throughout the country. It must, to use the phrase in *General Motors*, be something that the provinces, acting either individually or in concert, could not effectively achieve. To put it another way, the situation must be such that if the federal government were not able to legislate, there would be a constitutional gap. Such a gap is constitutional anathema in a federation.

[84] The *General Motors* indicia continue to offer an appropriate analytical framework for addressing the question of whether a law is validly adopted under the general trade and commerce power. These indicia are not cast in stone and are interrelated and overlapping. The first two indicia may be viewed as directed at identifying the required formal structure: a federal regulatory scheme under the oversight of a regulator. The final three indicia go to whether federal regulation is constitutionally appropriate. They direct our attention to whether the matter is one of genuine national importance and scope that goes to trade as a whole in a way that is distinct from provincial concerns, thus invoking Parliament’s unique ability

[82] La Cour, sous la plume du juge LeBel, a confirmé cette approche dans *Kirkbi AG c. Gestions Ritvik*, 2005 CSC 65, [2005] 3 R.C.S. 302, concluant que la *Loi sur les marques de commerce*, L.R.C. 1985, ch. T-13, une loi fédérale, touche le commerce dans son ensemble, et non un secteur en particulier, étant donné que les marques de commerce intéressent « tous les secteurs d’activité des différentes provinces » (par. 29).

[83] Un thème commun se dégage à la lecture des arrêts *Transports Nationaux du Canada, General Motors* et *Kirkbi AG*. Dans la mesure où la loi s’inscrit dans un régime général de réglementation visant le trafic et le commerce et faisant l’objet d’une surveillance par un organisme de réglementation, elle relève du pouvoir fédéral général relatif au trafic et au commerce si la matière réglementée revêt véritablement une importance et une portée nationales. Pour que soit établi ce dernier élément, il ne suffit pas de démontrer que la même matière se retrouve dans tous les ressorts du pays. Pour reprendre les termes employés dans *General Motors*, il doit s’agir de mesures que les provinces seraient incapables d’adopter, dans les faits, qu’elles agissent seules ou de concert. Autrement dit, il faut que la situation soit telle qu’une lacune constitutionnelle résulterait de l’incapacité du Parlement à légiférer dans ce domaine. Or, une telle lacune répugne sur le plan constitutionnel à l’esprit fédératif.

[84] Les critères établis dans *General Motors* demeurent un cadre analytique adéquat permettant de juger de la validité d’une loi adoptée en vertu du pouvoir général en matière de trafic et de commerce. Ces critères ne sont toutefois pas immuables, mais sont reliés et se chevauchent. On peut considérer que les deux premiers critères servent à établir l’existence de la structure formelle nécessaire : un régime fédéral de réglementation faisant l’objet de surveillance par un organisme de réglementation. Cela étant fait, les trois derniers critères permettent de juger si la réglementation fédérale est appropriée sur le plan constitutionnel. Ils nous amènent à nous demander si la matière en est une d’importance et de portée véritablement nationales touchant le commerce

to effectively deal with economic issues of this category.

[85] The result is a balanced approach that preserves a meaningful role for federal regulation under s. 91(2), without endangering “the very idea of the local” in provincial commercial regulation. The *General Motors* test asks whether the subject of a federal law presents a distinct federal aspect falling within the general branch of the trade and commerce power. Under the double aspect doctrine, federal legislation adopted from this distinct perspective will be constitutional even if the matter, considered from another perspective, also falls within a provincial head of power. In the end, the *General Motors* test is aimed at preserving the balance that lies at the heart of the principle of federalism, which demands that a federal head of power not be given such scope that it would eviscerate a provincial legislative competence.

[86] Before turning to whether the Act falls within s. 91(2), it may be useful to illustrate what it means to be a matter of genuine national importance and scope within the *General Motors* test, by looking at a matter that has been held to fall within the federal trade and commerce power — competition law.

[87] Competition, as Dickson C.J. observed in *General Motors*, “is not an issue of purely local concern but one of crucial importance for the national economy” (p. 678). It is a “*genre* of legislation that could not practically or constitutionally be enacted by a provincial government” (p. 683, citing *Canadian National Transportation*, at p. 278 (italics in original)). Competition law is not confined to a set group of participants in an organized trade, nor is it limited to a specific location in Canada. Rather, it is a diffuse matter that permeates the economy as a whole, as “[t]he deleterious effects of anti-competitive practices transcend provincial boundaries” (p. 678). Anti-competitive behaviour

dans son ensemble d’une façon distincte des enjeux provinciaux, ce qui reflète la faculté unique du Parlement de traiter effectivement des questions économiques appartenant à cette catégorie.

[85] Il en résulte une démarche équilibrée qui réserve un rôle utile à une réglementation fédérale adoptée en vertu du par. 91(2), sans toutefois mettre en péril « l’idée même de l’intérêt local » dans la réglementation provinciale en matière commerciale. Selon le test établi dans *General Motors*, il faut se demander si le sujet d’une loi fédérale présente un aspect fédéral distinct qui ressortit au volet général du pouvoir de réglementation du trafic et du commerce. Suivant la doctrine du double aspect, la législation fédérale adoptée sous cet angle distinct sera constitutionnelle même si la matière, vue d’un autre angle, relève également d’un champ de compétence provinciale. En fin de compte, le test établi dans *General Motors* vise à préserver l’équilibre sur lequel repose le principe directeur du fédéralisme, qui ne peut admettre qu’un chef de compétence fédérale se voit attribuer une teneur qui viderait de son essence une compétence législative provinciale.

[86] Avant de nous pencher sur la question de savoir si la Loi relève du par. 91(2), il pourrait être utile d’illustrer le critère de l’importance et de la portée véritablement nationales au sens où le conçoit *General Motors* par un exemple jugé relever du pouvoir fédéral relatif au trafic et au commerce, soit la législation sur la concurrence.

[87] Comme le fait remarquer le juge en chef Dickson dans l’arrêt *General Motors*, la concurrence « est une question non pas d’intérêt purement local mais d’importance capitale pour l’économie canadienne » (p. 678). Il s’agit « du genre de législation qu’il serait pratiquement et constitutionnellement impossible à un gouvernement provincial d’adopter » (p. 683, citant *Transports Nationaux du Canada*, p. 278). La législation sur la concurrence ne touche pas que les acteurs d’un secteur donné du commerce ou un seul endroit du pays. Il s’agit plutôt d’un vaste domaine qui imprègne l’économie dans son ensemble, compte tenu du fait que « [l]es effets néfastes de pratiques monopolistiques dépassent

subjected to weak standards in one province could distort the fairness of the entire Canadian market. This national dimension, as the Court observed, must be regulated federally, or not at all (p. 683, citing *Canadian National Transportation*, at p. 278). Failure by one province to legislate or the absence of a uniform set of rules applicable throughout the country would render the market vulnerable.

[88] The federal power to regulate competition in Canada does not deprive the provinces of the ability to deal with competition in the exercise of their legislative powers in fields such as consumer protection, labour relations and marketing (*General Motors*, at p. 682). Competition law is in pith and substance federal because in purpose and effect its concerns are of national importance and scope. While it deals with contracts and conduct within the province, it touches only their federal aspect and does so in a manner and from a perspective that is distinct from provincial regulation. Thus, its main thrust remains federal.

[89] In sum, competition law illustrates how the indicia set out in *General Motors* function to identify a matter that properly falls under s. 91(2). The general trade and commerce power cannot be used in a way that denies the provincial legislatures the power to regulate local matters and industries within their boundaries. Nor, by the same token, can the power of the provinces to regulate property and civil rights within the province deprive the federal Parliament of its powers under s. 91(2) to legislate on matters of genuine national importance and scope — matters that transcend the local and concern Canada as a whole.

[90] We would add that, in applying the *General Motors* test, one should not confuse what is optimum as a matter of policy and what is constitutionally permissible. The fifth *General Motors*

les frontières provinciales » (p. 678). En effet, des tactiques monopolistiques employées dans une province ayant adopté des normes faibles à cet égard risquent d'altérer l'équité du marché canadien dans sa totalité. Comme l'a fait observer la Cour, cette dimension nationale, c'est au fédéral — et à nul autre — qu'il appartient de la réglementer (p. 683, citant *Transports Nationaux du Canada*, p. 278). L'absence de législation dans une province ou d'un corps de règles uniformes applicables d'un bout à l'autre du pays fragiliserait le marché.

[88] Le pouvoir fédéral de réglementer la concurrence au Canada ne prive pas les provinces de celui d'en traiter dans l'exercice de leurs pouvoirs législatifs dans des domaines comme la protection du consommateur, les relations de travail et la commercialisation (*General Motors*, p. 682). La législation sur la concurrence, de par son caractère véritable, relève du fédéral, et ce, parce que son objet et ses effets concernent des questions d'une importance et d'une portée nationales. Bien qu'elle régisse les contrats et les pratiques dans la province, la mesure législative qui était en cause n'en aborde que les aspects fédéraux, ce qu'elle fait de manière et d'un point de vue distincts de la réglementation provinciale. Ainsi, son caractère véritable demeure de compétence fédérale.

[89] En somme, l'exemple de la concurrence nous permet d'illustrer l'application des critères établis dans *General Motors* pour déterminer si une matière relève effectivement du par. 91(2). Le pouvoir général relatif au trafic et au commerce ne peut servir à priver les législatures provinciales du pouvoir de réglementer les affaires de nature locale et l'industrie à l'intérieur de leurs frontières, pas plus que le pouvoir des législatures de réglementer la propriété et les droits civils dans la province ne peut priver le Parlement du pouvoir que lui confère le par. 91(2) de légiférer sur des questions d'importance et de portée véritablement nationales qui transcendent la nature locale et concernent tout le pays.

[90] Ajoutons qu'en appliquant le test formulé dans *General Motors*, il ne faut pas confondre ce qui constitue une politique optimale et ce que permet la Constitution. Certes, le cinquième critère établi

criterion, it is true, asks whether failure of one or more provinces to participate in the regulatory scheme would “jeopardize the successful operation of the scheme in other parts of the country” (p. 662). However, the reference to “successful operation” should not be read as introducing an inquiry into what would be the best resolution in terms of policy. Efficaciousness is not a relevant consideration in a division of powers analysis (see *Reference re Firearms Act (Can.)*, at para. 18). Similarly, references in past cases to promoting fair and effective commerce should be understood as referring to constitutional powers that, because they are essential in the national interest, transcend provincial interests and are truly national in importance and scope. Canada must identify a federal aspect distinct from that on which the provincial legislation is grounded. The courts do not have the power to declare legislation constitutional simply because they conclude that it may be the best option from the point of view of policy. The test is not which jurisdiction — federal or provincial — is thought to be best placed to legislate regarding the matter in question. The inquiry into constitutional powers under ss. 91 and 92 of the *Constitution Act, 1867* focuses on legislative competence, not policy.

VII. Application: Does the Proposed Act Fall Within Section 91(2)?

[91] Where particular provisions of a statute are challenged, the proper approach is to focus on the constitutionality of those provisions, read in the context of the statute as a whole (*General Motors, Kitkatla* and *Kirkbi AG*). Here, the issue, as framed by the reference question, is the constitutionality of a single, integrated regulatory scheme. It stands or falls as a whole. The question is whether the sum of its particular provisions, read together, falls within the general trade and commerce power, on the test set out above.

[92] To answer this question, we must identify the main thrust of the proposed legislation having

dans *General Motors* soulève la question de savoir si l’omission par une ou plusieurs provinces de participer au régime de réglementation « compromettrait l’application [du régime national] dans d’autres parties du pays » (p. 662). Toutefois, il ne faut pas considérer que ce critère a pour effet d’obliger le tribunal à se demander quelle politique constitue le choix optimal. L’efficacité de la loi ne constitue pas une considération pertinente dans l’analyse portant sur le partage des compétences (voir *Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu (Can.)*, par. 18). Dans le même ordre d’idée, il faut reconnaître dans les observations judiciaires qui ont prôné l’équité et l’efficacité du commerce un lien avec les pouvoirs constitutionnels qui, parce qu’ils sont essentiels dans l’intérêt national, transcendent les intérêts provinciaux et revêtent une importance et une portée véritablement nationales. Le Canada doit invoquer un aspect fédéral distinct de celui sur lequel repose la législation provinciale. Les tribunaux ne sont pas habilités à confirmer la validité de lois pour le simple motif qu’elles constituent, selon eux, la politique optimale. Il ne s’agit pas de déterminer quel ordre de gouvernement — fédéral ou provincial — est considéré comme étant le mieux placé pour légiférer en la matière. L’analyse des pouvoirs constitutionnels conférés par les art. 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867* porte non pas sur les politiques, mais sur la compétence législative.

VII. Application : la loi proposée relève-t-elle du par. 91(2)?

[91] Lorsque certaines dispositions d’une loi sont contestées, il convient de se pencher avant tout sur leur constitutionnalité, à la lumière du texte législatif dans son ensemble (*General Motors, Kitkatla* et *Kirkbi AG*). En l’espèce, la question soumise par renvoi porte sur la constitutionnalité d’un régime unique et intégré de réglementation. C’est en tant que tout qu’il sera jugé valide ou non. La question à trancher est donc celle de savoir si la somme des dispositions de ce régime, considérées ensemble, relève du pouvoir général en matière de trafic et de commerce selon le test énoncé précédemment.

[92] Pour répondre à cette question, nous devons cerner ce qu’est le caractère véritable de la loi

regard to its purpose and effects, and then ask whether the scheme, thus characterized, meets the indicia set out in *General Motors*.

A. *The Purpose and Effects of the Act*

[93] The first step in the pith and substance analysis is to ascertain the purpose and effects of the Act, viewed as a single, comprehensive scheme.

[94] The task at this stage is not to determine conclusively whether the legislation is provincial or federal in nature — that is the ultimate question of the division of powers analysis — but only to ascertain its main thrust. In some cases, determining the main thrust of a law will be pivotal in terms of its ultimate constitutional validity. In others, validity may depend on close analysis of the constitutional power that is said to support it. As we will see, this case is of the latter sort. While we must ascertain what the Act seeks to do and does, saying at the outset that it is in pith and substance “national” or “federal” simply begs the final question.

[95] Turning first to purpose, the Act’s preamble states that Canada intends to create a single Canadian securities regulator. This is consistent with previous proposals for such a body. As discussed earlier, the idea of a single Canadian securities regulator has been percolating for more than 50 years. The Act represents the culmination of sustained efforts towards unification of the provincial securities regulatory regimes. Section 9 of the proposed Act reveals the legislation’s broader, underlying purposes: to provide investor protection, to foster fair, efficient and competitive capital markets and to contribute to the integrity and stability of Canada’s financial system.

[96] The immediate object of the Act — to create a national securities regulator — does not shed much light on whether the subject matter of the Act

proposée quant à son objet et quant à ses effets; ensuite, nous devons nous demander si le régime, à la lumière de cette caractérisation, satisfait aux critères établis dans *General Motors*.

A. *L’objet et les effets de la Loi*

[93] La première étape pour circonscrire le caractère véritable du régime législatif consiste à dégager l’objet et les effets de la Loi — considérée sous l’angle d’un régime unique complet.

[94] À cette étape, il s’agit non pas de déterminer de manière concluante que la Loi, de par sa nature, relève de la compétence soit des législatures provinciales, soit du Parlement — c’est là l’ultime volet de l’analyse du partage des compétences —, mais plutôt exclusivement d’en dégager le caractère véritable. Or, dans certains cas, cette étape se révèle déterminante quant à la validité constitutionnelle de la mesure législative; dans d’autres, la validité résulte d’une analyse attentive du pouvoir constitutionnel invoqué. Comme nous le verrons plus loin, la présente affaire appartient à la seconde catégorie. Bien qu’il faille cerner l’objet et les effets de la Loi, conclure dès le départ que le texte est « national » ou « fédéral », de par son caractère véritable, revient à répondre d’avance à la question finale.

[95] Examinons d’abord l’objet. Le préambule de la Loi révèle que le Canada entend créer un seul organisme canadien de réglementation des valeurs mobilières. L’initiative s’inscrit dans la lignée d’autres propositions visant la création d’un tel régulateur. Rappelons à ce sujet que l’idée circule depuis plus de 50 ans. Cette Loi est le fruit d’efforts soutenus visant l’unification des régimes provinciaux de réglementation des valeurs mobilières. L’article 9 de la loi proposée révèle les objets sous-jacents et plus larges de cette dernière soit : protéger les investisseurs, établir des mécanismes visant à garantir des marchés des capitaux équitables, efficaces et compétitifs et contribuer à l’intégrité et à la stabilité du système financier canadien.

[96] L’objet immédiat de la Loi — soit de créer un organisme national de réglementation des valeurs mobilières — ne nous éclaire pas vraiment quant

is federal or provincial. It is equally consistent with the federal government's contention and with the contention of the opposing provinces that the Act is simply a provincial securities act writ large.

[97] The broader purposes set forth in s. 9 send a mixed message. One goal is investor protection, which, without more, has historically been a provincial responsibility under s. 92(13). Another goal is to foster fair, efficient and competitive capital markets. Opponents of the Act argue that these are properly provincial responsibilities. The federal government, on the other hand, argues that fostering fair, efficient and competitive capital markets, viewed from a pan-Canadian perspective, also falls under the general trade and commerce power. The third stated goal — to contribute to the integrity and stability of Canada's financial system — also has a federal aspect.

[98] This brings us to the effects of the proposed federal scheme. We must look not only at the direct effects of the legislation, but also at the follow-through effects the legislation may be expected to produce (*Kitkatla*).

[99] The direct effect of the proposed Act is to establish a federal securities regulation scheme. If implemented as contemplated, all provinces and territories will eventually join the scheme. This will produce follow-through effects. Once a sufficient number of jurisdictions opt in, the current provincial and territorial securities regulation schemes will be effectively displaced. Indeed, in order to be included in the comprehensive regulatory scheme created by the Act, provinces and territories must suspend their own securities laws. The follow-through effects of the proposed Act will therefore be to subsume the existing provincial and territorial legislative schemes governing securities under the federal regulation scheme.

à la question de savoir si le sujet de la Loi relève du fédéral ou des provinces. Il est tout aussi compatible avec la prétention du gouvernement fédéral qu'avec celle des provinces qui contestent la Loi et pour qui cette dernière n'est qu'une loi provinciale sur les valeurs mobilières.

[97] Les objets plus larges énoncés dans l'art. 9 transmettent un message contradictoire. Un des objectifs consiste à protéger les investisseurs, ce qui, pris isolément, constitue traditionnellement une responsabilité provinciale conférée par le par. 92(13). Un autre objectif consiste à établir des mécanismes visant à garantir des marchés des capitaux équitables, efficaces et compétitifs. Les opposants à la Loi soutiennent qu'il s'agit de responsabilités proprement provinciales. Le gouvernement fédéral soutient, pour sa part, que ce deuxième objectif, considéré sous l'angle pancanadien, relève également du pouvoir général en matière de trafic et de commerce. Finalement, le troisième objet énoncé — soit, contribuer à l'intégrité et à la stabilité du système financier canadien — comporte aussi un aspect fédéral.

[98] Nous devons aussi nous pencher sur les effets du régime fédéral proposé. Pour ce faire, nous devons examiner non seulement les effets directs de la Loi, mais également ceux dont on peut s'attendre qu'ils découleront de la Loi (*Kitkatla*).

[99] La loi proposée a pour effet direct d'établir un régime fédéral de réglementation des valeurs mobilières. Si sa mise en œuvre se déroule comme prévu, toutes les provinces et tous les territoires y adhéreront un jour ou l'autre. Il en résultera forcément certains effets. L'adhésion d'un nombre suffisant de ressorts aura pour corollaire la supplantation effective des régimes provinciaux et territoriaux de réglementation des valeurs mobilières en place. En effet, pour participer à ce régime complet créé par la Loi, les provinces et les territoires seront tenus de suspendre l'application de leurs propres lois relatives aux valeurs mobilières. La loi proposée aura donc pour effets, en corollaire, que les régimes législatifs actuels des provinces et des territoires en matière de valeurs mobilières seront remplacés par le régime fédéral de réglementation.

[100] A detailed look at the provisions of the Act confirms that once in place, it will regulate many matters which Canada concedes also fall within the provincial power over property and civil rights under s. 92(13). Parts 1 and 2 establish regulatory oversight mechanisms. These are followed by a number of provisions broadly pertaining to the registration of persons. To this end, Part 3 of the Act gives the Chief Regulator the power to recognize a person as a self-regulatory organization, an exchange, a clearing agency and an auditor oversight organization (s. 64). These bodies must in turn regulate standards of practice and business conduct of participants in the securities industry (s. 66). Part 4, in similar vein, provides the Chief Regulator with the authority to designate a person as a credit rating organization, an investor compensation fund, a dispute resolution service, an information processor, a trade repository or another entity that provides a market participant with prescribed services (s. 73). Designation engages information sharing duties (s. 74). Part 5 requires registration of dealers, advisers and investment fund managers (s. 76). Parts 6, 7, 8 and 9 deal with the registration of securities, public information on securities and the monitoring of securities and issuers. Other provisions of the Act set standards for trading. For instance, Part 10 prohibits misrepresentations (s. 114), market manipulation (s. 116), insider trading (s. 117(1)), tipping (s. 117(2)) and other unfair practices. It also contains certain standards of conduct and obligations to avoid conflicts of interest that pertain to registered persons (see, e.g., ss. 109 to 113). Finally, Part 11 locks these routine regulatory provisions in place by establishing a scheme for the administration and enforcement of the Act.

[100] Un examen détaillé de ses dispositions vient confirmer que la Loi aura pour effet de réglementer de nombreuses matières qui, comme le concède le Canada, relèvent aussi du pouvoir provincial quant à la propriété et aux droits civils visé au par. 92(13). Les parties 1 et 2 établissent les mécanismes de surveillance de l'organisme de réglementation. Elles sont suivies d'un certain nombre de dispositions intéressant généralement l'inscription de personnes. Ainsi, la partie 3 de la Loi habilite le régulateur en chef à reconnaître une personne à titre d'organisme d'autorégulation, de bourse, d'agence de compensation ou d'organisme de surveillance des vérificateurs (art. 64). Cette reconnaissance est assortie, pour ces entités, de la responsabilité de régir les normes d'exercice et de déontologie que doivent respecter les participants à l'industrie des valeurs mobilières (art. 66). Dans le même ordre d'idées, la partie 4 habilite le régulateur en chef à désigner une personne à titre d'organisme de notation, de fonds d'indemnisation des investisseurs, de service en matière de règlement des différends, d'agence de traitement de l'information, de répertoire des opérations ou de toute autre entité qui fournit des services réglementaires à des participants du marché (art. 73). Une telle désignation entraîne certaines obligations de communiquer des renseignements (art. 74). La partie 5 exige l'inscription des courtiers, des conseillers et des gestionnaires de fonds d'investissement (art. 76). Les parties 6, 7, 8 et 9 touchent l'inscription des valeurs mobilières, la communication au public de renseignements sur les valeurs mobilières et la surveillance des valeurs mobilières et de leurs émetteurs. D'autres dispositions de la Loi fixent les normes applicables aux négociations. À titre d'exemple, mentionnons des pratiques déloyales interdites par la partie 10 tels la présentation inexacte des faits (art. 114), la manipulation du marché (art. 116), les opérations d'initiés (par. 117(1)) et les tuyaux (par. 117(2)). Cette partie établit également certaines normes de pratique et des règles applicables aux inscrits visant à éviter les conflits d'intérêts (voir, p. ex., les art. 109 à 113). Finalement, la partie 11 assure le respect de ces dispositions réglementaires de base en établissant un régime d'exécution et de contrôle de l'application de la Loi.

[101] The effect of these provisions is in essence to duplicate legislative schemes enacted by provincial legislators exercising their jurisdiction over property and civil rights under s. 92(13) of the *Constitution Act, 1867*.

[102] Against this, Canada argues that what appears, on superficial inspection, to be duplication of provincial legislation is in fact directed at distinct federal concerns — preserving fair, efficient and competitive capital markets throughout Canada and ensuring the integrity and stability of Canada's financial system. Duplication of provincial provisions, Canada correctly points out, does not mean that there is no federal aspect that can support the Act. Moreover, Canada argues that the Act is not merely duplicative. It includes provisions that go beyond provincial powers. For example, it contains provisions for the control of systemic risk and for data collection on a nationwide basis, something Canada argues cannot be accomplished at the provincial level.

[103] Systemic risks have been defined as “risks that occasion a ‘domino effect’ whereby the risk of default by one market participant will impact the ability of others to fulfil their legal obligations, setting off a chain of negative economic consequences that pervade an entire financial system” (M. J. Trebilcock, *National Securities Regulator Report* (2010), Reference Record, vol. I, 222, at para. 26). By definition, such risks can be evasive of provincial boundaries and usual methods of control. The proposed legislation is aimed in part at responding to systemic risks threatening the Canadian market viewed as a whole. Without attempting an exhaustive enumeration, the following provisions of the proposed Act would appear to address or authorize the adoption of regulations directed at systemic risk: ss. 89 and 90 relating to derivatives, s. 126(1) on short-selling, s. 73 on credit rating, s. 228(4)(c)

[101] L'effet des dispositions susmentionnées consiste donc essentiellement à dédoubler les régimes législatifs adoptés par les législateurs provinciaux exerçant le pouvoir en matière de propriété et de droits civils qui leur est conféré par le par. 92(13) de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

[102] Pour répondre à cette constatation, le Canada fait valoir que ce qui semble, à première vue, être un dédoublement de la législation provinciale traite en fait d'enjeux fédéraux distincts — maintenir des marchés des capitaux équitables, efficaces et compétitifs dans l'ensemble du pays et garantir l'intégrité et la stabilité du système financier canadien. Comme le Canada le souligne à juste titre, la duplication des dispositions provinciales ne signifie pas qu'aucun aspect fédéral ne puisse fonder la Loi. En outre, le Canada affirme que cette dernière, loin de constituer un simple exercice de duplication, contient des dispositions qui vont au-delà des pouvoirs provinciaux. Par exemple, elle prévoit des dispositions visant le contrôle des risques systémiques et la collecte de données à l'échelle du pays, ce qui, aux dires du Canada, ne peut être accompli à l'échelle provinciale.

[103] Les risques systémiques ont été définis ainsi : [TRADUCTION] « . . . risques qui entraînent un “effet domino” où le risque de défaillance d'un participant du marché nuit à la faculté des autres de s'acquitter de leurs obligations juridiques et provoque une série de chocs économiques néfastes qui se répercutent dans l'ensemble d'un système financier » (M. J. Trebilcock, *National Securities Regulator Report* (2010), dossier du renvoi, vol. I, 222, par. 26). Par définition, de tels risques pourraient déborder les limites provinciales et ne pas répondre aux méthodes habituelles d'atténuation. La loi proposée vise en partie à contrer les risques systémiques planant sur le marché canadien dans son ensemble. Sans être exhaustive, la liste suivante énumère les dispositions de la loi proposée qui semblent aborder ou autoriser l'adoption de règlements concernant les risques systémiques : les art. 89 et 90 qui portent sur les instruments dérivés,

relating to urgent regulations and ss. 109 and 224 on data collection and sharing.

[104] The expert evidence adduced by Canada provides support for the view that systemic risk is an emerging reality, ill-suited to local legislation. Prevention of systemic risk may trigger the need for a national regulator empowered to issue orders that are valid throughout Canada and impose common standards, under which provincial governments can work to ensure that their market will not transmit any disturbance across Canada or elsewhere.

[105] The emphasis in the proposed Act on nationwide data collection may similarly be seen as aimed at anticipating and identifying risks that may transcend the boundaries of a specific province. By analogy with Statistics Canada, it might be argued that broad national data-collecting powers may serve the national interest in a way that finds no counterpart on the provincial plane.

[106] Against this background, we return to the question at hand: What is the main thrust of the proposed *Securities Act*? The purpose of the proposed Act, we have seen, is to implement a comprehensive Canadian regime for the regulation of securities with a view to investor protection, the promotion of fair, efficient and competitive capital markets and ensuring the integrity and stability of the financial system. The effects of the proposed Act would be to duplicate and displace the existing provincial and territorial securities regimes, replacing them with a new federal regulatory scheme. Thus, the main thrust of the Act is to regulate, on an exclusive basis, all aspects of securities trading in Canada, including the trades and occupations related to securities in each of the provinces.

le par. 126(1) qui traite de la position à découvert, l'art. 73 qui porte sur les notations, l'al. 228(4)c) relatif à l'adoption de règlements qui répondent à un besoin urgent et les art. 109 et 224 qui traitent de l'obtention et de la communication de renseignements.

[104] La preuve d'expert déposée par le Canada appuie l'argument selon lequel les risques systémiques constituent une réalité émergente qui se prête mal à une législation locale. Il se pourrait donc que la prévention de ces risques nécessite la création d'un régulateur national, habilité à délivrer des ordonnances valides sur tout le territoire du Canada et à imposer des normes communes dans le cadre desquelles les gouvernements provinciaux agiraient pour veiller à ce que leur marché ne crée pas de remous au Canada ou à l'étranger.

[105] En outre, la présence dans la loi proposée de plus d'une disposition sur la collecte nationale de données pourrait être interprétée comme un moyen d'anticiper et de circonscrire les risques susceptibles de transcender les frontières provinciales. Par analogie avec Statistique Canada, d'aucuns pourraient faire valoir qu'un pouvoir de collecte de données à l'échelle nationale servirait l'intérêt national comme ne peuvent le faire les provinces.

[106] C'est dans ce contexte que nous revenons à la question en litige : quel est le caractère véritable de la *Loi sur les valeurs mobilières* proposée? Comme nous l'avons vu, l'objet de la loi proposée consiste à mettre sur pied un régime canadien complet de réglementation des valeurs mobilières, en vue de protéger les investisseurs, de favoriser l'existence de marchés des capitaux équitables, efficaces et compétitifs ainsi que d'assurer l'intégrité et la stabilité du système financier. La loi proposée aurait pour effet de dédoubler et d'évincer les régimes provinciaux et territoriaux de réglementation des valeurs mobilières actuels, pour les remplacer par un nouveau régime de réglementation fédéral. Ainsi, le caractère véritable consiste à réglementer, à titre exclusif, tous les aspects du commerce des valeurs mobilières au Canada, y compris les occupations et les professions relatives à ce domaine dans chaque province.

[107] These conclusions do not, however, permit us to connect the Act to a particular head of power, federal or provincial. To do that, we must ask whether, applying the *General Motors* factors, the legislation, viewed as a whole, addresses a matter that is truly national in importance and scope and that transcends provincial competence.

B. Classification: Does the Act Fall Within the General Trade and Commerce Power?

[108] To recap, the *General Motors* test frames the inquiry into whether a legislative scheme falls within the general trade and commerce power in terms of the following non-exclusive indicia: (1) Is the law part of a general regulatory scheme? (2) Is the scheme under the oversight of a regulatory agency? (3) Is the law concerned with trade as a whole rather than with a particular industry? (4) Is the scheme of such a nature that the provinces, acting alone or in concert, would be constitutionally incapable of enacting it? (5) Would failure to include one or more provinces or localities in the scheme jeopardize its successful operation in other parts of the country?

[109] The *General Motors* indicia invite the Court to examine the legislative scheme through the lens of five interrelated inquiries to determine whether, viewed in its entirety, it addresses a matter of genuine national importance and scope that goes to trade as a whole in a way that is distinct from provincial concerns. The inquiry focuses on the nature of the proposed scheme and its purpose and effects, intended and actual. It is contextual, grounded in the record and the legislative facts. With this in mind, we turn to the *General Motors* indicia.

[110] The first two *General Motors* indicia need not detain us. Clearly they are met. The Act would institute a national regulatory regime for securities across Canada. The new national regulatory

[107] Or, ces conclusions ne nous permettent pas de rattacher la Loi à un chef de compétence particulier, qu'il soit fédéral ou provincial. Pour ce faire, nous devons nous demander si, à la lumière des critères énoncés dans *General Motors*, la Loi, considérée dans son ensemble, traite d'un domaine d'une importance et d'une portée véritablement nationales et qui transcende les compétences provinciales.

B. Classification : la Loi relève-t-elle du pouvoir général en matière de trafic et de commerce?

[108] Pour récapituler, suivant le test établi dans *General Motors*, l'analyse visant à déterminer si un régime législatif relève ou non du pouvoir général en matière de trafic et de commerce porte sur les cinq critères non exclusifs que voici : (1) La mesure législative contestée s'inscrit-elle dans un système général de réglementation? (2) Le régime fait-il l'objet de surveillance par un organisme de réglementation? (3) La mesure législative porte-t-elle sur le commerce dans son ensemble plutôt que sur un secteur en particulier? (4) Le régime est-il d'une nature telle que la Constitution n'habiliterait pas les provinces, seules ou de concert, à l'adopter? (5) L'omission d'inclure une seule ou plusieurs provinces ou localités dans le régime législatif en compromettrait-elle l'application dans d'autres parties du pays?

[109] Les critères énoncés dans *General Motors* nous invitent à examiner le régime législatif à partir de cinq points de vue interreliés visant à déterminer si ce régime, considéré dans son ensemble, porte sur une matière d'importance et de portée véritablement nationales touchant le commerce dans son ensemble de manière distincte des enjeux provinciaux. L'analyse est axée sur la nature du régime proposé ainsi que sur son objet et ses effets, prévus et réels. Il s'agit d'une analyse contextuelle, qui s'appuie sur le dossier et sur les faits législatifs. C'est dans cette optique que nous appliquons les critères énoncés dans *General Motors*.

[110] Nul besoin de s'attarder aux deux premiers critères du test de *General Motors*. De toute évidence, ils sont satisfaits. La Loi instaurerait un même régime de réglementation des valeurs

scheme for securities would feature a Council of Ministers; the Canadian Securities Regulatory Authority (composed of a Regulatory Division headed by the Chief Regulator and an independent Canadian Securities Tribunal headed by a Chief Adjudicator); a Regulatory Policy Forum; and an investor advisory panel. Indeed, all parties agree that the Act would create a federal regulatory scheme under the oversight of a regulator.

[111] This leaves the third, fourth and fifth *General Motors* inquiries. These questions take us to the concern that lies at the heart of this case — whether Canada has shown that the proposed Act, viewed as a whole, addresses a matter of national importance and scope, distinct from provincial concerns. Is the proposed Act concerned with trade as a whole rather than with a particular industry? Do the provinces possess the constitutional capacity, acting alone or in concert, to achieve the objectives of the scheme? Finally, would the failure to include one or more provinces frustrate the success of the scheme? If the answers to these questions support the conclusion that the proposed Act falls within the general branch of the trade and commerce power, the double aspect doctrine applies, the balance between the federal and provincial powers required by the federalism principle is satisfied and the proposed law may be validly enacted by Parliament. We now turn to the final three *General Motors* inquiries.

[112] The third question is whether the proposed Act is directed at trade as a whole rather than at a particular industry. This requires us to look at both the purpose and the effects of the Act. Opponents of the Act argue that it is aimed at a particular industry — the securities industry. From their perspective, economic activity consisting of the trading in securities represents a specific industry. They are correct to state that, on their face, the provisions of

mobilières pour tout le Canada. Le nouveau régime national serait composé des organes suivants : un Conseil des ministres; l'Autorité canadienne de réglementation des valeurs mobilières (constituée d'une Division de la réglementation dirigée par le régulateur en chef et du Tribunal canadien des valeurs mobilières, un tribunal administratif indépendant dirigé par un adjudicateur en chef); un forum de la réglementation; et un comité consultatif des investisseurs. Ainsi, et toutes les parties s'entendent à cet égard : la Loi aurait pour effet de créer un régime de réglementation fédéral soumis à la surveillance d'un régulateur.

[111] Il reste donc à traiter des trois dernières étapes de l'analyse établie dans *General Motors*. Ces questions mènent au nœud de la présente affaire — le Canada a-t-il démontré que la loi proposée, considérée dans son ensemble, porte sur une matière d'une importance et d'une portée nationales, d'une façon distincte des enjeux provinciaux? La loi proposée touche-t-elle le commerce dans son ensemble plutôt qu'un secteur en particulier? Les provinces possèdent-elles la capacité constitutionnelle, seules ou de concert, de réaliser les objectifs d'un tel régime? Enfin, l'omission d'inclure une seule ou plusieurs provinces dans le régime en compromettrait-elle l'application? Si ces questions reçoivent des réponses qui soutiennent la conclusion selon laquelle la loi proposée relève du volet général du pouvoir en matière de trafic et de commerce, la doctrine du double aspect s'applique, l'équilibre entre les pouvoirs fédéraux et provinciaux que requiert le principe fédératif est respecté et la loi proposée peut à bon droit être édictée par le Parlement. Nous procéderons maintenant à l'examen des trois derniers critères de l'analyse établie dans *General Motors*.

[112] La troisième question est celle de savoir si la loi proposée touche le commerce dans son ensemble plutôt qu'un secteur en particulier. Pour y répondre, nous devons nous pencher à la fois sur l'objet et sur les effets de la Loi. Les opposants à la Loi font valoir que la mesure vise un secteur en particulier, celui des valeurs mobilières. De leur point de vue, l'activité économique liée au commerce des valeurs mobilières constitue un secteur précis. Ils ont raison

the proposed Act aimed at government registration and the day-to-day conduct of brokers or investment advisers are not obviously related to trade as a whole.

[113] Canada argues, however, that the proposed Act goes beyond these matters. It sees the Act as fostering a fair, efficient and competitive national capital market and contributing to the integrity and stability of Canada's financial system. Moreover, Canada points out that the securities market is a mechanism for channelling capital from suppliers to consumers and that the capital transferred is applied throughout the Canadian economy in innumerable areas of activity. The securities market thus has a pervasive and significant impact throughout the national economy. It is a pillar of the economy of immense importance to the country as a whole. Regulating this market, Canada argues, relates to trade as a whole and is not an industry-specific matter.

[114] We accept that preservation of capital markets to fuel Canada's economy and maintain Canada's financial stability is a matter that goes beyond a particular "industry" and engages "trade as a whole" within the general trade and commerce power as contemplated by the *General Motors* test. Legislation aimed at imposing minimum standards applicable throughout the country and preserving the stability and integrity of Canada's financial markets might well relate to trade as a whole. However, the proposed Act reaches beyond such matters and descends into the detailed regulation of *all* aspects of trading in securities, a matter that has long been viewed as provincial. In justifying the reach of the Act, Canada argues that while securities trading may once have been mainly a local matter, it has evolved to become a matter of transcendent national concern that brings it within the s. 91(2) general trade and commerce power.

d'affirmer que, à première vue, les dispositions de la loi proposée qui régissent l'inscription auprès d'un organe du gouvernement et la conduite générale des courtiers ou des conseillers en matière d'investissements ne ressortissent pas manifestement au commerce dans son ensemble.

[113] Toutefois, le Canada fait valoir que la loi proposée excède ces questions. Il estime que la Loi favorise l'existence d'un marché national des capitaux équitable, efficace et compétitif et contribue à l'intégrité et à la stabilité du système financier du Canada. En outre, le Canada souligne que le marché des valeurs mobilières sert à canaliser les capitaux des parties qui les offrent vers les consommateurs et que les capitaux ainsi transférés agissent sur l'économie entière, dans d'innombrables secteurs d'activité. Le marché des valeurs mobilières a donc une incidence omniprésente et considérable sur toute l'économie nationale. Il s'agit d'un pilier de l'économie d'une énorme importance pour le pays dans son ensemble. Selon le Canada, la réglementation de ce marché intéresse le commerce dans son ensemble et ne constitue pas un secteur d'activités en particulier.

[114] Nous reconnaissons que le maintien des marchés des capitaux pour nourrir l'économie canadienne et assurer la stabilité financière du pays est une question qui va au-delà d'un « secteur » en particulier et met en jeu « le commerce dans son ensemble » visé par le pouvoir général en matière de trafic et de commerce au sens où il faut l'entendre selon le test formulé dans *General Motors*. Une loi qui vise à fixer des normes minimales applicables dans l'ensemble du pays et qui vise à assurer la stabilité et l'intégrité des marchés financiers du Canada pourrait fort bien avoir trait au commerce dans son ensemble. Or, la loi proposée excède de telles questions pour se préoccuper de la réglementation détaillée de *tous* les aspects du commerce des valeurs mobilières, une matière qui est considérée de longue date comme une compétence provinciale. Pour justifier la portée de la Loi, le Canada prétend que le commerce des valeurs mobilières, s'il a déjà constitué une question de nature principalement locale, a évolué au point qu'il est maintenant un enjeu national tombant sous le coup du pouvoir général en matière de trafic et de commerce visé au par. 91(2).

[115] No doubt, much of Canada's capital market is interprovincial and indeed international. Trade in securities is not confined to 13 provincial and territorial enclaves. Equally, however, capital markets also exist within provinces that meet the needs of local businesses and investors. While it is obvious that the securities market is of great importance to modern economic activity, we cannot ignore that the provinces have been deeply engaged in the regulation of this market over the course of many years. To make its case, Canada must present the Court with a factual matrix that supports its assertion of a constitutionally significant transformation such that regulating every aspect of securities trading is no longer an industry-specific matter, but now relates, in its entirety, to trade as a whole.

[116] A long-standing exercise of power does not confer constitutional authority to legislate, nor does the historic presence of the provinces in securities regulation preclude a federal claim to regulatory jurisdiction (see *Ontario Hydro v. Ontario (Labour Relations Board)*, [1993] 3 S.C.R. 327, at p. 357, per Lamer C.J.). Nevertheless, the fact remains that Canada must establish that the Act, read as a whole, addresses concerns that transcend local, provincial interests. Canada's argument is that this area of economic activity has been so transformed that it now falls to be regulated under a different head of power. This argument requires not mere conjecture, but evidentiary support. The legislative facts adduced by Canada in this reference do not establish the asserted transformation. On the contrary, the fact that the structure and terms of the proposed Act largely replicate the existing provincial schemes belies the suggestion that the securities market has been wholly transformed over the years. On the basis of the record presented to us, we conclude, as discussed below, that the day-to-day regulation of securities within the provinces, which represents the main thrust of the Act, remains essentially a matter of property and civil

[115] Il ne fait aucun doute qu'une part considérable du marché des capitaux canadien comporte un caractère interprovincial, voire international. Le commerce des valeurs mobilières n'est pas confiné aux limites de 13 enclaves provinciales et territoriales. Cela étant dit, il existe également au sein des provinces des marchés des capitaux qui répondent aux besoins des entreprises et des investisseurs locaux. Certes, le marché des valeurs mobilières revêt évidemment une grande importance pour l'activité économique moderne, mais nous ne pouvons faire fi de l'important travail de réglementation réalisé par les provinces au cours de nombreuses années. Pour avoir gain de cause, le Canada doit présenter à la Cour un fondement factuel qui appuie sa prétention selon laquelle une évolution significative — ayant une incidence sur le plan constitutionnel — s'étant opérée, la réglementation de chaque aspect du commerce des valeurs mobilières ne constitue plus une matière intéressant un seul secteur, mais se rattache désormais intégralement au commerce dans son ensemble.

[116] L'exercice de longue date d'un pouvoir ne confère pas de droit constitutionnel de légiférer. De même, le rôle historique des gouvernements provinciaux dans le champ de la réglementation des valeurs mobilières ne fait pas obstacle à la prétention du gouvernement fédéral selon laquelle il est compétent pour réglementer ce secteur d'activités (voir *Ontario Hydro c. Ontario (Commission des relations de travail)*, [1993] 3 R.C.S. 327, p. 357, le juge en chef Lamer). Néanmoins, il demeure que le Canada doit démontrer que la Loi, considérée dans son ensemble, aborde des matières qui transcendent les intérêts de nature locale et provinciale. En outre, le Canada soutient que ce domaine d'activité économique a évolué au point qu'il doit dorénavant être réglementé en vertu d'un autre chef de compétence. Cet argument nécessite de s'appuyer non pas sur de simples conjectures, mais bien sur des éléments de preuve à l'appui de sa thèse. Les faits législatifs présentés par le Canada dans le cadre du présent renvoi ne permettent pas d'établir l'évolution qu'il invoque. Au contraire, le fait que l'économie et le libellé de la loi proposée reproduisent en gros les régimes provinciaux actuels dément la suggestion selon laquelle le marché des

rights within the provinces and therefore subject to provincial power.

[117] Aspects of the Act, for example those aimed at management of systemic risk and at national data collection, appear to be directly related to the larger national goals which the Act proclaims are its *raison d'être*. However, important as these elements are, they do not, on the record before us, justify a complete takeover of provincial regulation. Individuals engaged in the securities business are still, for the most part, exercising a trade or occupation within the province. On the record before us, we are unable to accept Canada's assertion that the securities market has been so transformed as to make the day-to-day regulation of all aspects of trading in securities a matter of national concern. For example, the record does not support a necessary link between the national interest in fair, efficient and competitive capital markets and the registration requirements applicable to a securities dealer in Saskatchewan or Quebec. Viewing the Act as a whole, we conclude that it overreaches the proper scope of the general branch of the trade and commerce power descending well into industry-specific regulation. The wholesale displacement of provincial regulation it would effect is not justified by the national concerns that Canada raises.

[118] The fourth *General Motors* consideration addresses the constitutional capacity of the provinces and territories to enact a similar scheme acting in concert. The provinces opposing the Act argue that if there is a national interest in both fair, efficient and competitive capital markets and the need to provide an effective national response to systemic risk, they can meet it by legislating in

valeurs mobilières s'est complètement transformé au fil des ans. À la lumière du dossier qui nous a été présenté, nous concluons, tel qu'il est expliqué ci-dessous, que la réglementation courante des valeurs mobilières dans les provinces, qui constitue le caractère véritable de la Loi, demeure essentiellement une question intéressant la propriété et les droits civils dans les provinces et est donc une matière provinciale.

[117] Certains éléments de la Loi, comme les dispositions vouées à la prévention des risques systémiques ou à la collecte de données, semblent directement liés aux objectifs nationaux plus larges avancés comme raison d'être de la Loi. Cependant, si importants puissent-ils être, ces éléments ne justifient pas, à la lumière du dossier dont nous disposons, la supplantation totale de la réglementation provinciale. Les participants au secteur des valeurs mobilières exercent toujours, essentiellement, une occupation ou une profession dans la province. À la lecture du dossier, nous ne pouvons accepter la prétention du Canada selon laquelle le marché des valeurs mobilières a évolué au point que la réglementation courante de tous ses aspects constitue maintenant un enjeu national. Par exemple, le dossier ne permet pas d'établir de lien nécessaire entre l'intérêt national dans des marchés des capitaux équitables, efficaces et compétitifs et les modalités d'inscription applicables à un courtier en valeurs mobilières en Saskatchewan ou au Québec. Considérant la Loi dans son ensemble, nous concluons qu'elle excède la portée réelle du volet général de la compétence en matière de trafic et de commerce pour se préoccuper finalement de la réglementation d'un secteur en particulier. La supplantation complète des pouvoirs provinciaux qu'elle provoquerait n'est pas justifiée par les enjeux nationaux qu'invoque le Canada.

[118] La quatrième considération formulée dans *General Motors* porte sur la capacité des provinces et des territoires, sur le plan constitutionnel, d'adopter de concert un régime analogue. Les provinces qui contestent la validité de la Loi font valoir que, si l'intérêt national exige des marchés des capitaux équitables, efficaces et compétitifs ainsi qu'un mécanisme national de prévention efficace

concert. No doubt the provinces possess constitutional capacity to enact uniform legislation on most of the administrative matters covered by the federal Act, like registration requirements and the regulation of participants' conduct. By way of administrative delegation, they could delegate provincial regulatory powers to a single pan-Canadian regulator.

[119] The difficulty with the provinces' argument, however, is that, as a matter of constitutional principle, neither Parliament nor the legislatures can, by ordinary legislation, fetter themselves against some future legislative action (P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (5th ed. Supp.), vol. 1, at pp. 12-8 ff.). Inherently sovereign, the provinces will always retain the ability to resile from an interprovincial scheme and withdraw an initial delegation to a single regulator. This may not be problematic in many areas. Indeed, it is in the nature of a federation that different provinces adopt their own unique approaches consistent with their unique priorities when addressing social or economic issues.

[120] The provinces' inherent prerogative to resile from an interprovincial scheme aimed for example at managing systemic risk limits their constitutional capacity to achieve the truly national goals of the proposed federal Act. The point is not that the provinces are constitutionally or practically unable to adopt legislation aimed at systemic risk *within* the provinces. Indeed, some provincial securities schemes contain provisions analogous to the ones aimed at systemic risk found in the proposed Act. The point is simply that because provinces could always withdraw from an interprovincial scheme there is no assurance that they could effectively address issues of national systemic risk and competitive national capital markets on a sustained basis.

des risques systémiques, elles peuvent légiférer de concert en ce sens. Il ne fait aucun doute que les provinces disposent du pouvoir constitutionnel d'édicter des lois uniformes portant sur la plupart des matières administratives prévues dans la Loi, notamment les modalités d'inscription et la réglementation de la conduite des participants. De même, en ce qui a trait à la délégation administrative, les provinces seraient habilitées à déléguer leurs pouvoirs de réglementation à un seul régulateur pancanadien.

[119] Cet argument des provinces ne convainc toutefois pas du fait qu'un principe de droit constitutionnel interdit au Parlement et aux législatures d'entraver, par une loi ordinaire, l'exercice futur de leur pouvoir de légiférer (P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (5^e éd. suppl.), vol. 1, p. 12-8 et suiv.). Étant donné leur souveraineté inhérente, les provinces pourront toujours soustraire leur adhésion à un régime interprovincial et revenir sur la délégation administrative consentie au profit d'un régulateur unique. Cela ne représente peut-être pas un problème dans bien des champs. En effet, il va de soi que, dans une fédération, les provinces sont libres de choisir leurs propres approches en vue de réaliser leurs propres priorités en matière sociale ou économique.

[120] La prérogative inhérente à toute province de refuser d'adhérer à un régime interprovincial voué, par exemple, à réduire les risques systémiques limite, sur le plan constitutionnel, la faculté de chacune de réaliser les objectifs véritablement nationaux de la loi fédérale proposée. Ce n'est pas que les provinces ne pourraient, ni constitutionnellement, ni effectivement, adopter des lois s'attaquant aux risques systémiques sur *leur propre territoire*. En fait, certains régimes provinciaux de réglementation des valeurs mobilières contiennent déjà des dispositions, portant sur les risques systémiques, analogues à celles que prévoit la loi proposée. En fait, il s'agit simplement de reconnaître que comme les provinces peuvent toujours se retirer d'une entente interprovinciale, rien ne pourrait, à long terme, prévenir les risques systémiques à l'échelle nationale et favoriser des marchés des capitaux compétitifs.

[121] It follows that the fourth *General Motors* question must be answered, at least partially, in the negative. The provinces, acting in concert, lack the constitutional capacity to sustain a viable national scheme aimed at genuine national goals such as management of systemic risk or Canada-wide data collection. This supports the view that a federal scheme aimed at such matters might well be qualitatively different from what the provinces, acting alone or in concert, could achieve.

[122] However, this only takes Canada so far. Canada's problem is that the proposed Act reflects an attempt that goes well beyond these matters of undoubted national interest and concern and reaches down into the detailed regulation of all aspects of securities. In this respect, the proposed Act is unlike federal competition legislation, which has been held to fall under s. 91(2) of the *Constitution Act, 1867*. It would regulate *all* aspects of contracts for securities within the provinces, including *all* aspects of public protection and professional competence within the provinces. Competition law, by contrast, regulates *only* anti-competitive contracts and conduct — a particular aspect of economic activity that falls squarely within the federal domain. In short, the proposed federal Act overreaches the legislative interest of the federal government.

[123] The fifth and final *General Motors* inquiry is whether the absence of a province from the scheme would prevent its effective operation. On lesser regulatory matters the answer might well be no. However, when it comes to genuine national goals, related to fair, efficient and competitive markets and the integrity and stability of Canada's financial system, including national data collection and prevention of and response to systemic risks, the answer must be yes — much for the reasons discussed under the fourth question. On these matters a federal regime would be qualitatively different from a voluntary interprovincial scheme. Viewed as a whole, however, because the main thrust of the

[121] Il découle de ce qui précède qu'il faut répondre à la question que pose le quatrième critère de *General Motors*, du moins en partie, par la négative. Les provinces, agissant de concert, sont dépourvues de la capacité constitutionnelle de maintenir un régime national viable visant à atteindre des objectifs véritablement nationaux telles l'atténuation des risques systémiques ou la collecte de données à l'échelle nationale. Ainsi, un régime fédéral portant sur de telles matières pourrait bien différer, du point de vue qualitatif, du fruit d'une action provinciale concertée ou non.

[122] Toutefois, cette conclusion ne donne que partiellement raison au Canada. Là où le bât le blesse, c'est que la loi qu'il propose excède nettement ces matières présentant un intérêt et des enjeux manifestement nationaux. Elle se préoccupe de la réglementation de tous les aspects des valeurs mobilières dans leurs moindres détails. À cet égard, la loi proposée se distingue de la législation fédérale en matière de concurrence dont on a conclu qu'elle relevait du par. 91(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. En effet, la Loi régirait à l'échelle provinciale *tous* les aspects des contrats portant sur les valeurs mobilières, y compris la protection du public et la compétence professionnelle dans les provinces. En revanche, la législation sur la concurrence régit *seulement* les contrats et la conduite anticoncurrentiels, un aspect particulier de l'activité économique qui constitue, sans contredit, une matière fédérale. Bref, la loi proposée excède l'intérêt législatif du Parlement.

[123] Abordons maintenant la cinquième et dernière étape de l'analyse tirée de *General Motors* : la non-adhésion d'une province au régime entraverait-elle le fonctionnement? En ce qui a trait à des questions réglementaires de moindre importance, la question pourrait certainement appeler une réponse négative. Or, lorsqu'il s'agit d'objectifs véritablement nationaux, visant à favoriser des marchés équitables, efficaces et compétitifs et à assurer l'intégrité et la stabilité du système financier canadien, notamment par la collecte de données, la prévention des risques systémiques et l'intervention en cas de besoin, il faut répondre par l'affirmative — pour des raisons essentiellement identiques à celles

proposed Act is concerned with the day-to-day regulation of securities, the proposed Act would not founder if a particular province declined to participate in the federal scheme. Incidentally, we note that the opt-in feature of the scheme, on its face, contemplates the possibility that not all provinces will participate. This weighs against Canada's argument that the success of its proposed legislation requires the participation of all the provinces.

[124] Against the backdrop of these considerations, we come to the ultimate question — whether the Act, viewed in its entirety, addresses a matter of genuine national importance and scope going to trade as a whole in a way that is distinct and different from provincial concerns.

[125] The provisions of the proposed Act, viewed as a whole, compel a negative response. The Act chiefly regulates contracts and property matters within each of the provinces and territories, overlain by some measures directed at the control of the Canadian securities market as a whole that may transcend intraprovincial regulation of property and civil rights. A federal scheme adopted from the latter, distinctly federal, perspective would fall within the circumscribed scope of the general trade and commerce power. But the provisions of the Act that relate to these concerns, although perhaps valid on their own, cannot lend constitutional validity to the full extent of the proposed Act. Based on the record before us, the day-to-day regulation of all aspects of trading in securities and the conduct of those engaged in this field of activity that the Act would sweep into the federal sphere simply cannot be described as a matter that is truly national in importance and scope making it qualitatively different from provincial concerns.

avancées dans l'analyse du quatrième critère. Dans ces derniers cas, un régime fédéral différerait, au plan qualitatif, d'un régime interprovincial à participation volontaire. Toutefois, si on la considère dans sa totalité, la loi proposée ne serait pas compromise si une province n'adhérait pas au régime fédéral, puisque son caractère véritable concerne la réglementation courante des valeurs mobilières. Incidemment, nous soulignons que cette adhésion facultative soulève, à première vue, la possibilité de non-participation de certaines provinces, ce qui milite contre l'argument du Canada selon lequel le succès de sa loi proposée est subordonné à la participation de toutes les provinces.

[124] Vu ces considérations, nous arrivons à l'ultime question : la Loi, considérée dans son entièreté, intéresse-t-elle une matière d'importance et de portée véritablement nationales touchant le commerce dans son ensemble et distincte des enjeux provinciaux?

[125] Les dispositions de la loi proposée, considérées dans leur ensemble, appellent une réponse négative à cette question. La Loi régit principalement les contrats ainsi que des questions relatives à la propriété dans chaque province et territoire, sujets chapeautés par certaines mesures mises en place afin de contrôler le marché canadien des valeurs mobilières dans son ensemble qui peuvent transcender la réglementation provinciale quant à la propriété et aux droits civils. Un régime fédéral adopté en vertu de cette deuxième perspective, distinctement fédérale, relèverait de la portée circonscrite du pouvoir général relatif au trafic et au commerce. Cela étant dit, les dispositions de la Loi qui traitent de ces questions, même si elles étaient valides isolément, ne peuvent assurer la constitutionnalité de l'ensemble de la Loi. Selon le dossier qui nous a été présenté, la réglementation courante de tous les aspects du commerce des valeurs mobilières et de la conduite des participants à ce secteur d'activités, que la Loi aurait pour effet de rattacher à la compétence fédérale, ne peut tout simplement pas constituer un enjeu d'importance et de portée véritablement nationales qui le rend différent, sur le plan qualitatif, des enjeux provinciaux.

[126] The conclusion that the Act's attempt to take over regulation of the entirety of the securities trade in Canada exceeds the general branch of the trade and commerce power is also supported by the tenor of the case law. While the jurisprudence acknowledges that securities regulation may possess federal aspects, it has generally viewed basic securities regulation within the provinces as a local matter of property and civil rights (*Lymburn; Multiple Access; Duplain v. Cameron*, [1961] S.C.R. 693; *Smith v. The Queen; Ontario Securities Commission; Global Securities*).

[127] A review of the expert evidence does not lead to a different conclusion. We do not find it necessary or helpful to set out a detailed analysis of the many reports filed on both sides of the issue. For reasons already discussed, arguments in the reports as to whether securities should be regulated federally or provincially as a matter of policy are irrelevant to the constitutional validity of the legislation. A reasonable reading of the reports suggests that routine securities regulation is mainly concerned with the regulation of securities as an industry. It also confirms the local nature of much of Canada's securities industry. J.-M. Suret and C. Carpentier, for example, point to different focuses and specializations from province to province (*Securities Regulation in Canada: Re-examination of Arguments in Support of a Single Securities Commission* (2010), Reference Record, vol. IX, 8). Mining listings compose approximately two thirds of the securities market in British Columbia. About half of Ontario's securities market is attributable to large financial services companies. Alberta is the dominant national market for oil and gas and roughly a quarter of technology listings emanate from Quebec.

[128] To summarize, we accept that the economic importance and pervasive character of the securities market may, in principle, support federal

[126] La conclusion selon laquelle la Loi est inconstitutionnelle parce que la tentative du gouvernement fédéral de réglementer tout le commerce des valeurs mobilières au Canada excède son pouvoir général en matière de trafic et de commerce repose également sur la jurisprudence qui, bien qu'ayant reconnu l'existence possible d'aspects fédéraux, a généralement considéré la réglementation courante des valeurs mobilières dans la province comme une matière d'une nature locale concernant la propriété et les droits civils (*Lymburn; Multiple Access; Duplain c. Cameron*, [1961] R.C.S. 693; *Smith c. The Queen; Ontario Securities Commission; Global Securities*).

[127] La preuve présentée par les experts ne permet pas non plus de tirer une conclusion différente. Il n'est ni nécessaire ni utile de passer en revue les nombreux rapports appuyant l'une ou l'autre thèse. Pour des motifs que nous avons déjà exprimés, les arguments énoncés dans ces rapports et portant sur l'opportunité politique d'une réglementation soit fédérale soit provinciale des valeurs mobilières ne sont pas pertinents pour trancher le débat sur la validité constitutionnelle de la Loi. La conclusion raisonnable qui ressort de ces rapports veut que la réglementation courante des valeurs mobilières intéresse surtout ce secteur en particulier. Le dossier vient également confirmer la nature locale d'une grande part du secteur des valeurs mobilières au Canada. Par exemple, les auteurs J.-M. Suret et C. Carpentier soulignent les orientations et spécialisations qui diffèrent d'une province à l'autre (*Réglementation des valeurs mobilières au Canada : un réexamen des arguments avancés pour justifier la commission unique* (2010), dossier du renvoi, vol. VIII, 8). Le marché des valeurs mobilières en Colombie-Britannique est composé environ aux deux tiers de titres de sociétés minières tandis que les grandes entreprises financières occupent près de la moitié du marché ontarien. En outre, l'Alberta domine à l'échelle nationale le marché de l'industrie pétrolière et gazière, et environ le quart des titres technologiques est émis au Québec.

[128] Bref, nous admettons que l'importance économique et l'omniprésence du marché des valeurs mobilières pourraient, en principe, justifier une

intervention that is qualitatively different from what the provinces can do. However, as important as the preservation of capital markets and the maintenance of Canada's financial stability are, they do not justify a wholesale takeover of the regulation of the securities industry which is the ultimate consequence of the proposed federal legislation. The need to prevent and respond to systemic risk may support federal legislation pertaining to the national problem raised by this phenomenon, but it does not alter the basic nature of securities regulation which, as shown, remains primarily focused on local concerns of protecting investors and ensuring the fairness of the markets through regulation of participants. Viewing the Act as a whole, as we must, these local concerns remain the main thrust of the legislation — its pith and substance.

[129] This is not a case of a valid federal scheme that incidentally intrudes on provincial powers. It is not the incidental effects of the scheme that are constitutionally suspect; it is rather the main thrust of the legislation that goes beyond the federal power. The federal government properly did not invoke the ancillary powers doctrine. To apply that doctrine, the proposed statute considered as a whole must be valid — which it is not. We further note that we have not been asked for our opinion on the extent of Parliament's legislative authority over securities regulation under other heads of federal power or indeed the interprovincial or international trade branch of s. 91(2).

[130] While the proposed Act must be found *ultra vires* Parliament's general trade and commerce power, a cooperative approach that permits a scheme that recognizes the essentially provincial nature of securities regulation while allowing Parliament to deal with genuinely national concerns remains available.

intervention fédérale différente de celle des provinces sur le plan qualitatif. Cependant, aussi importants soient-ils, la préservation des marchés des capitaux et le maintien de la stabilité financière du Canada ne justifient pas la supplantation intégrale de la réglementation du secteur des valeurs mobilières, résultat auquel mènerait, en définitive, la loi fédérale proposée. La nécessité de se prémunir contre des risques systémiques et d'y répondre pourrait fonder une législation fédérale visant le problème national qui résulte de ce phénomène, mais ne chasse pas l'essence de la réglementation des valeurs mobilières, qui est, comme nous l'avons vu, toujours principalement axée sur les enjeux locaux — soit protéger les investisseurs et assurer l'équité des marchés par le truchement de la réglementation de ses participants. Après avoir examiné la Loi dans son ensemble, comme il se doit, nous sommes d'avis que ces enjeux de nature locale en constituent le caractère véritable.

[129] Nous ne sommes pas en présence d'un régime fédéral valide qui empiéterait de manière incidente sur des champs provinciaux. Ce ne sont pas les effets accessoires du régime qui sont douteux sur le plan constitutionnel, mais plutôt le caractère véritable de la Loi, qui excède les compétences fédérales. Le Canada a eu raison de ne pas invoquer la doctrine des pouvoirs accessoires. Il faut, pour l'appliquer, que la loi proposée, considérée dans son ensemble, soit valide, ce qui n'est pas le cas en l'espèce. Nous rappelons, en outre, que notre avis sur la teneur du pouvoir législatif du Parlement en matière de réglementation des valeurs mobilières conféré par d'autres chefs de compétence fédérale, ou même par le volet du par. 91(2) portant sur le commerce interprovincial ou international, n'a pas été sollicité.

[130] La loi proposée excède le pouvoir général du Parlement en matière de trafic et de commerce et doit donc être jugée inconstitutionnelle. Cela étant dit, rien n'interdit la démarche coopérative qui, tout en reconnaissant la nature essentiellement provinciale de la réglementation des valeurs mobilières, habiliterait le Parlement à traiter des enjeux véritablement nationaux.

[131] The various proposals advanced over the years to develop a new model for regulating securities in Canada suggest that this matter possesses both central and local aspects. The same insight can be gleaned from the experience of other federations, even if each country has its own constitutional history and imperatives. The common ground that emerges is that each level of government has jurisdiction over some aspects of the regulation of securities and each can work in collaboration with the other to carry out its responsibilities.

[132] It is not for the Court to suggest to the governments of Canada and the provinces the way forward by, in effect, conferring in advance an opinion on the constitutionality on this or that alternative scheme. Yet we may appropriately note the growing practice of resolving the complex governance problems that arise in federations, not by the bare logic of either/or, but by seeking cooperative solutions that meet the needs of the country as a whole as well as its constituent parts.

[133] Such an approach is supported by the Canadian constitutional principles and by the practice adopted by the federal and provincial governments in other fields of activities. The backbone of these schemes is the respect that each level of government has for each other's own sphere of jurisdiction. Cooperation is the animating force. The federalism principle upon which Canada's constitutional framework rests demands nothing less.

VIII. Conclusion

[134] The *Securities Act* as presently drafted is not valid under the general branch of the federal power to regulate trade and commerce under s. 91(2) of the *Constitution Act, 1867*.

Judgment accordingly.

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

[131] Les divers modèles de réglementation des valeurs mobilières proposés au fil des ans au Canada révèlent qu'il s'agit d'une matière qui comporte à la fois des aspects nationaux et des aspects locaux. Cela ressort également de l'expérience d'autres fédérations, même si chaque pays possède sa propre histoire constitutionnelle et ses propres impératifs. Il n'en demeure pas moins que chaque ordre de gouvernement est compétent à l'égard de certains aspects de la réglementation des valeurs mobilières et que chacun peut collaborer avec l'autre pour s'acquitter de ses responsabilités.

[132] Il n'appartient pas à la Cour de suggérer aux gouvernements du Canada et des provinces comment procéder, en jugeant à l'avance, dans les faits, tel ou tel autre régime valide sur le plan constitutionnel. Nous pouvons toutefois à bon droit noter l'existence d'une tendance de plus en plus marquée à envisager les problèmes complexes de gouvernance susceptibles de se présenter dans une fédération, non pas comme une simple alternative entre les deux ordres de gouvernement, mais comme une recherche coopérative de solutions qui satisfont les besoins tant de l'ensemble du pays que de ses composantes.

[133] Une telle approche s'inscrit dans le droit fil des principes constitutionnels canadiens et des pratiques adoptées par le fédéral et les provinces dans d'autres sphères d'activité. Ces régimes ont pour pivot le respect par chacun des champs de compétence de l'autre et la collaboration pour principe directeur. Le fédéralisme qui sous-tend le cadre constitutionnel canadien n'exige pas moins.

VIII. Conclusion

[134] La *Loi sur les valeurs mobilières*, dans sa version actuelle, n'est pas valide, car elle ne relève pas du pouvoir général de réglementation en matière de trafic et de commerce conféré au Parlement par le par. 91(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

Jugement en conséquence.

*Procureur du procureur général du Canada :
Procureur général du Canada, Ottawa.*

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

Solicitors for the intervener the Attorney General of Quebec: Bernard, Roy & Associés, Montréal.

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 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 Alberta: Fraser Milner Casgrain, Calgary; Attorney General of Alberta, Edmonton.

Solicitors for the intervener the Canadian Foundation for Advancement of Investor Rights: Paliare, Roland, Rosenberg, Rothstein, Toronto.

Solicitors for the intervener the Canadian Coalition for Good Governance: Davies Ward Phillips & Vineberg, Toronto.

Solicitors for the intervener the Investment Industry Association of Canada: Torys, Toronto.

Solicitors for the intervener the Canadian Bankers Association: Osler, Hoskin & Harcourt, Toronto.

Solicitors for the intervener the Ontario Teachers' Pension Plan Board: Gowling Lafleur Henderson, Toronto.

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

Procureurs de l'intervenant le procureur général du Québec : Bernard, Roy & Associés, Montréal.

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 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 de l'Alberta : Fraser Milner Casgrain, Calgary; procureur général de l'Alberta, Edmonton.

Procureurs de l'intervenante la Fondation canadienne pour l'avancement des droits des investisseurs : Paliare, Roland, Rosenberg, Rothstein, Toronto.

Procureurs de l'intervenante la Coalition canadienne pour une saine gestion des entreprises : Davies Ward Phillips & Vineberg, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne du commerce des valeurs mobilières : Torys, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Association des banquiers canadiens : Osler, Hoskin & Harcourt, Toronto.

Procureurs de l'intervenant le Conseil du Régime de retraite des enseignantes et des enseignants de l'Ontario : Gowling Lafleur Henderson, Toronto.

Solicitors for the intervener Mouvement d'éducation et de défense des actionnaires: Paquette Gadler Inc., Montréal.

Solicitors for the intervener Barreau du Québec: Lavery, de Billy, Montréal.

Solicitors for the intervener the Institute for Governance of Private and Public Organizations: Fraser Milner Casgrain, Montréal.

Procureurs de l'intervenant le Mouvement d'éducation et de défense des actionnaires: Paquette Gadler Inc., Montréal.

Procureurs de l'intervenant le Barreau du Québec: Lavery, de Billy, Montréal.

Procureurs de l'intervenant l'Institut sur la gouvernance d'organisations privées et publiques: Fraser Milner Casgrain, Montréal.

INDEX

ABORIGINAL LAW

1. Aboriginal rights — Fishing — Nature of pre-contact practice — Evolution of pre-contact practice — First Nations claiming rights to commercial harvesting and sale of all species of fish within their traditional waters — Whether pre-contact trade in specific fish product could evolve into modern commercial fishery — Constitution Act, 1982, s. 35(1).

LAX KW'ALAAMS INDIAN BAND V. CANADA (ATTORNEY GENERAL), 535.

2. Fiduciary duty — Whether historical record supported existence of fiduciary duty to grant claimants right to modern commercial fishery.

LAX KW'ALAAMS INDIAN BAND V. CANADA (ATTORNEY GENERAL), 535.

ADMINISTRATIVE LAW

1. Judicial review — Standard of review — Patent unreasonableness — Injured workers receiving compensation pursuant to British Columbia's Workers' Compensation Board chronic pain policy — Workers filing appeal with Board's Review Division claiming policy breached s. 8 of British Columbia Human Rights Code — Board rejecting that policy breached Human Rights Code — Workers subsequently filing complaints with Human Rights Tribunal repeating same arguments — Human Rights Tribunal deciding that this was appropriate question for Tribunal to determine — What is the scope of Tribunal's discretion to determine whether the substance of a complaint has been "appropriately dealt with" when two bodies share jurisdiction over human rights — Whether exercise of discretion by Tribunal was patently unreasonable — Human Rights Code, R.S.B.C. 1996, c. 210, ss. 8, 27(1) — Administrative Tribunals Act, S.B.C. 2004, c. 45, s. 59.

BRITISH COLUMBIA (WORKERS' COMPENSATION BOARD) V. FIGLIOLA, 422.

2. Boards and tribunals — Jurisdiction — Costs — Canadian Human Rights Tribunal awarding legal costs to complainant — Whether Tribunal having jurisdiction to award costs — Canadian Human Rights Act, R.S.C. 1985, c. H-6, s. 53(2)(c), (d).

CANADA (CANADIAN HUMAN RIGHTS COMMISSION) V. CANADA (ATTORNEY GENERAL), 471.

ADMINISTRATIVE LAW — (Concluded)

3. Judicial review — Standard of review — Canadian Human Rights Tribunal awarding legal costs to complainant — Whether standard of reasonableness applicable to Tribunal's decision to award costs — Whether Tribunal made a reviewable error in awarding costs to complainant — Canadian Human Rights Act, R.S.C. 1985, c. H-6, s. 53(2)(c), (d).

CANADA (CANADIAN HUMAN RIGHTS COMMISSION) V. CANADA (ATTORNEY GENERAL), 471.

4. Judicial review — Implied decision — Decision of adjudicator quashed on judicial review on basis of Information and Privacy Commissioner's failure to comply with statutory time limits — Issue of time limits not raised with Commissioner or adjudicator — Adjudicator consequently not specifically addressing issue and not issuing reasons in this regard — Whether a matter that was not raised at tribunal may be judicially reviewed — Whether reasons given by tribunal in other decisions may assist in determination of reasonableness of implied decision — Personal Information Protection Act, S.A. 2003, c. P-6.5, s. 50(5).

ALBERTA (INFORMATION AND PRIVACY COMMISSIONER) V. ALBERTA TEACHERS' ASSOCIATION, 654.

5. Standard of review — Whether a tribunal's decision relating to interpretation of its home statute or statutes closely connected to its functions is reviewable on standard of correctness or reasonableness — Whether category of true questions of jurisdiction or vires should be maintained when tribunal is interpreting its home statute or statutes closely connected to its functions.

ALBERTA (INFORMATION AND PRIVACY COMMISSIONER) V. ALBERTA TEACHERS' ASSOCIATION, 654.

6. Role and adequacy of reasons — Procedural fairness — Whether reasons satisfy Dunsmuir requirements for "justification, transparency and intelligibility".

NEWFOUNDLAND AND LABRADOR NURSES' UNION V. NEWFOUNDLAND AND LABRADOR (TREASURY BOARD), 708.

CIVIL PROCEDURE

1. Third-party claims — Motion to strike — Tobacco manufacturers being sued by provincial government to recover health care costs of tobacco-related illnesses, and by consumers of “light” or “mild” cigarettes for damages and punitive damages — Tobacco companies issuing third-party notices to federal government claiming contribution and indemnity — Whether plain and obvious that third-party claims disclose no reasonable cause of action.

R. v. IMPERIAL TOBACCO CANADA LTD., 45.

2. Pleadings — Aboriginal rights litigation — Whether Aboriginal rights claim should be characterized based on pleadings or a broader enquiry — Whether claim for declaration of “lesser” rights was properly presented in pleadings.

LAX KW’ALAAMS INDIAN BAND v. CANADA (ATTORNEY GENERAL), 535.

CONSTITUTIONAL LAW

1. Charter of Rights — Remedies — Safe injection site — Sections 4(1) and 5(1) of Controlled Drugs and Substances Act prohibiting possession and trafficking of illegal drugs subject to exemption from federal Minister of Health granted under s. 56 of Act — Clinic operating safe injection site pursuant to ministerial exemption — Minister subsequently revoking exemption — Appropriate remedy — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 24(1).

CANADA (ATTORNEY GENERAL) v. PHS COMMUNITY SERVICES SOCIETY, 134.

2. Charter of Rights — Right to life, liberty and security of the person — Safe injection site — Sections 4(1) and 5(1) of Controlled Drugs and Substances Act prohibiting possession and trafficking of illegal drugs subject to exemption from federal Minister of Health — Clinic operating safe injection site pursuant to ministerial exemption granted under s. 56 of Act — Minister subsequently revoking exemption — Whether ss. 4(1) and 5(1) of Act contravene claimants’ rights to life, liberty and security of the person — Whether decision of Minister to revoke accords with principles of fundamental justice — Controlled Drugs and Substances Act, S.C. 1996, c. 19, ss. 4(1), 5(1), 56 — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7.

CANADA (ATTORNEY GENERAL) v. PHS COMMUNITY SERVICES SOCIETY, 134.

3. Division of powers — Criminal law — Safe injection site — Sections 4(1) and 5(1) of Controlled Drugs and Substances Act (“CDSA”) prohibiting possession and trafficking of illegal drugs subject to exemption from federal Minister of Health — Clinic operating safe injection site pursuant to ministerial exemption granted under s. 56 of Act — Minister

CONSTITUTIONAL LAW — (Concluded)

subsequently revoking exemption — Whether division of powers exempts clinic as health facility from application of CDSA as exercise of federal jurisdiction over criminal law — Controlled Drugs and Substances Act, S.C. 1996, c. 19, ss. 4(1), 5(1), 56 — Constitution Act, 1867, ss. 91(27), 92(7), 92(13), 92(16).

CANADA (ATTORNEY GENERAL) v. PHS COMMUNITY SERVICES SOCIETY, 134.

4. Charter of Rights — Enforcement — Exclusion of evidence — Accused charged with second degree murder — Search of accused’s home conducted by police without valid warrants — Trial judge finding that police had not acted in good faith and demonstrated blatant disregard for accused’s Charter rights throughout investigation — Trial judge concluding that admission of evidence in face of extraordinarily troubling police misconduct, even when decision would lead to acquittal of serious crime, would bring administration of justice into disrepute — Whether Court of Appeal erred in intervening on basis that police had not deliberately acted in abusive manner and that offence was serious — Whether Court of Appeal erred in intervening on basis that evidence could have been obtained legally by warrant without accused’s participation — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 24(2).

R. v. CÔTÉ, 215.

5. Charter of Rights — Enforcement — Exclusion of evidence — Conduct of police not constituting violation of ss. 8 and 9 of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Evidence obtained pursuant to arrest and search improperly excluded at trial.

R. v. WHYTE, 364.

6. Federal paramountcy — Employment insurance — Recovery mechanism — Provincial statute providing that income replacement benefits received by injured worker exempt from seizure — Federal statute authorizing Employment Insurance Commission to issue requirement to pay in order to recover overpayments — Whether provincial provision constitutionally inoperative in relation to garnishment provided for in federal statute — Employment Insurance Act, S.C. 1996, c. 23, s. 126(4) — Act respecting industrial accidents and occupational diseases, R.S.Q., c. A-3.001, s. 144.

QUEBEC (ATTORNEY GENERAL) v. CANADA (HUMAN RESOURCES AND SOCIAL DEVELOPMENT), 635.

7. Division of powers — Trade and commerce — Securities — Whether proposed legislation valid under general branch of federal power to regulate trade and commerce — Constitution Act, 1867, s. 91(2).

REFERENCE RE SECURITIES ACT, 837.

COURTS

Supreme Court of Canada — Costs — Appeal allowed with costs throughout — Whether costs award applied to respondent, *mis en cause* in lower court, which did not participate in proceedings before Court — Rules of the Supreme Court of Canada, SOR/2002-156, r. 47.

KUWAIT AIRWAYS CORP. v. IRAQ, 42.

CRIMINAL LAW

1. Appeals — Powers of Court of Appeal — Unreasonable verdict — Misapprehension of evidence — Accused convicted of manslaughter — Court of Appeal setting aside conviction on basis of trial judge's misapprehension of evidence — Whether Court of Appeal applied proper test in setting aside conviction — Whether trial judge misapprehended evidence — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 686(1)(a)(i).

R. v. SINCLAIR, 3.

2. Sentencing — Fines — Offender's ability to pay — Burden of proof — Whether offender required to prove inability to pay a fine corresponding to funds fraudulently obtained — Whether trial judge erred in declining to impose a fine — Whether trial judge was bound to impose a fine in light of accused's failure to explain what happened to misappropriated funds — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 734(2).

R. v. TOPP, 119.

3. Appeals — Powers of Court of Appeal — Evidence — Assessment — Accused charged with two counts of sexual assault — Complainant not disclosing events at time of occurrences but posting poem on line — Trial judge acquitting accused — Court of Appeal overturning acquittals and ordering new trial — Whether trial judge failed to consider evidence as a whole thereby committing error of law — Whether trial judge's allegedly flawed assessment of evidence constitutes error of law allowing appellate review of acquittal — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 676(1)(a).

R. v. J.M.H., 197.

4. Appeal from acquittal — Powers of court of appeal — Accused charged with one count possession of child pornography between 1999 and 2006 — Trial judge acquitting accused — Court of Appeal overturning acquittal and registering conviction — Whether substituting conviction exceeded Court of Appeal's jurisdiction limited to questions of law — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 676(1)(a), 686(4)(b)(ii).

R. v. KATIGBAK, 326.

CRIMINAL LAW — (Continued)

5. Child pornography — Defences — Accused charged with one count possession of child pornography between 1999 and 2006 — Statutory defences amended 2005 — Accused testifying purpose of collecting child pornography to create artistic exhibition from perspective of exploited children — Trial judge accepting testimony and acquitting accused on basis of pre-2005 artistic merit defence — Whether accused's actions constituted artistic merit or served public good per pre-2005 defences — Whether accused's actions had legitimate purpose which did not pose undue risk of harm per post-2005 defence — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 163(3), 163.1(6).

R. v. KATIGBAK, 326.

6. Information — Accused charged with one count possession of child pornography between 1999 and 2006 — Statutory defences amended 2005 — Whether Information defective because only one count of offence charged for period during which statutory defences amended.

R. v. KATIGBAK, 326.

7. Charge to jury — Use of criminal record of third party suspect — Trial judge erring in his instruction about the limited use of third party suspect's criminal record but error did not occasion substantial wrong or miscarriage of justice — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 686(1)(b)(iii).

R. v. DORFER, 366.

8. Appeals — Powers of court of appeal — Private investigator hired by defence to identify confidential police informant — Investigator allegedly attempting to obtain stay of charges by identifying informant — Investigator charged with one count of obstructing justice and two counts of extortion — Court of appeal overturning acquittals and ordering new trial — Whether trial judge committed errors of law allowing appellate review of acquittals — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 676(1)(a).

R. v. BARROS, 368.

9. Informer privilege — Private investigator hired by defence to identify confidential police informant — Investigator allegedly attempting to obtain stay of charges by identifying informant — Whether investigator bound by informer privilege.

R. v. BARROS, 368.

10. Appeals — Powers of Court of Appeal — Application of curative proviso — Whether requirements for application of proviso should be relaxed — Whether proviso applies in this case — If so, whether conviction can be upheld pursuant to curative proviso — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 686(1)(b)(iii).

R. v. SARRAZIN, 505.

CRIMINAL LAW — (Concluded)

11. Charge to jury — Included offences — Attempted murder — Accused charged with second degree murder — Whether potential verdict of attempted murder should have been left with jury.

R. v. SARRAZIN, 505.

12. Trial — Charge to jury — First degree murder — Trial judge properly instructed jury on relationship between planning and deliberation and murder.

R. v. BANWAIT, 533.

13. Defences — Mental disorder — Accused assaulting two individuals while in state of toxic psychosis resulting from voluntary consumption of drugs — Whether toxic psychosis whose symptoms are caused by state of self-induced intoxication can be “mental disorder” — Whether s. 33.1 of Criminal Code limits scope of defence of not criminally responsible on account of mental disorder — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 16, 33.1.

R. v. BOUCHARD-LEBRUN, 575.

CROWN LAW

Prerogatives — Immunity — Whether Employment Insurance Commission, as agent of Crown, protected by common law immunity, with result that s. 144 of Act respecting industrial accidents and occupational diseases inapplicable to federal Crown — Whether it is appropriate to consider doctrine of paramourty before determining whether Crown immunity applies — Interpretation Act, R.S.C. 1985, c. I-21, s. 17.

QUEBEC (ATTORNEY GENERAL) v. CANADA (HUMAN RESOURCES AND SOCIAL DEVELOPMENT), 635.

FAMILY LAW

1. Support — Spousal support — Variation — Material change in circumstances — Court order incorporating terms of separation agreement — Husband applying to reduce and terminate spousal support order on basis of change in his financial circumstances and wife's failure to become self-sufficient since the date of order — What is proper approach to application for variation of spousal support order under s. 17(4.1) of the Divorce Act where support terms of agreement have been incorporated into an order? — Whether approach differs from

FAMILY LAW — (Concluded)

initial applications for spousal support under s. 15.2 — Divorce Act, R.S.C. 1985, c. 3 (2nd Supp.), ss. 15.2 and 17.

L.M.P. v. L.S., 775.

2. Support — Spousal support — Variation — Material change in circumstances — Husband applying to terminate spousal support order on basis of his retirement and the market downturn — Husband not adducing evidence of his financial circumstances at time of original support order or of status of investments at the time of variation — Order gradually reducing then terminating support for 80-year-old wife — Whether husband had established that there had been a material change in circumstances since the original support order — Divorce Act, R.S.C. 1985, c. 3 (2nd Supp.), s. 17(4.1) — Rules of practice of the Superior Court of Québec in family matters, R.R.Q. 1981, c. C-25, r. 9, rule 39.

R.P. v. R.C., 819.

HUMAN RIGHTS

Discriminatory practices — Equal wages — Largely female group of employees receiving lower pay than largely male comparator group — Canadian Human Rights Tribunal finding pay inequity — Finding overturned on judicial review — Tribunal committed no reviewable error in finding largely female group paid less for work of equal value.

PUBLIC SERVICE ALLIANCE OF CANADA v. CANADA POST CORP., 572.

LABOUR RELATIONS

Grievances — Arbitral award — Standard of review — Arbitrator imposing estoppel on union's claim for redress under collective agreement — Whether arbitral award applying common law or equitable remedy is reviewable on standard of reasonableness or correctness.

NOR-MAN REGIONAL HEALTH AUTHORITY INC. v. MANITOBA ASSOCIATION OF HEALTH CARE PROFESSIONALS, 616.

TAXATION

Income tax — Tax avoidance — Interpretation and application of general anti-avoidance rule — Series of transactions

TAXATION — (Concluded)

involving paid-up capital of a corporation — Treatment of paid-up capital upon amalgamation — Withholding tax on deemed dividend — Whether these transactions resulted in a tax benefit — Was the transaction giving rise to tax benefit an avoidance transaction — Interpretation of “contemplation” in the test for a statutory series — Whether transaction or series of transactions results in abuse and misuse of Income Tax Act — Whether general anti-avoidance rule applicable to deny tax benefit — Income Tax Act, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.), ss. 84(3), 87(3), 89(1), 245(1) to (5), 248(10).

COPTHORNE HOLDINGS LTD. v. CANADA, 721.

TORTS

1. Negligent misrepresentation — Failure to warn — Negligent design — Duty of care — Proximity — Tobacco manufacturers being sued by provincial government and consumers and issuing third-party notices to federal government claiming contribution and indemnity — Federal government claiming representations constituted government policy immune from judicial review — Whether facts as pleaded establish prima facie duty of care — If so, whether conflicting policy considerations negate such duty.

R. v. IMPERIAL TOBACCO CANADA LTD., 45.

TORTS — (Concluded)

2. Provincial statutory scheme establishing rights of action against tobacco manufacturers and suppliers — Whether federal government liable as a “manufacturer” under the Tobacco Damages and Health Care Costs Recovery Act, S.B.C. 2000, c. 30, or a “supplier” under the Business Practices and Consumer Protection Act, S.B.C. 2004, c. 2, and the Trade Practice Act, R.S.B.C. 1996, c. 457.

R. v. IMPERIAL TOBACCO CANADA LTD., 45.

3. Libel and slander — Publication — Internet — Defendant creating hyperlinks to allegedly defamatory articles — Whether hyperlinking, in and of itself, constitutes publication.

CROOKES v. NEWTON, 269.

INDEX

DROIT ADMINISTRATIF

1. Contrôle judiciaire — Norme de contrôle — Décision manifestement déraisonnable — Indemnisation des accidents du travail en application de la politique de la Workers' Compensation Board de la Colombie-Britannique relative aux douleurs chroniques — Appel interjeté devant la Section de révision de la Commission au motif que la politique contrevient à l'art. 8 du Human Rights Code de la Colombie-Britannique — La Commission ne conclut pas à une contravention au Code — Travailleurs reprenant les mêmes arguments dans des plaintes subséquentes auprès du tribunal des droits de la personne — Le tribunal estime qu'il s'agit d'une question qu'il peut à bon droit considérer — Quelle est la portée du pouvoir discrétionnaire du tribunal de juger s'il a « été statué de façon appropriée sur le fond de la plainte » dans les cas où deux organismes ont compétence en matière de droits de la personne? — L'exercice par le tribunal de son pouvoir discrétionnaire était-il manifestement déraisonnable? — Human Rights Code, R.S.B.C. 1996, ch. 210, art. 8, 27(1) — Administrative Tribunals Act, S.B.C. 2004, ch. 45, art. 59.

COLOMBIE-BRITANNIQUE (WORKERS' COMPENSATION BOARD) C. FIGLIOLA, 422.

2. Contrôle judiciaire — Norme de contrôle — Adjudication des dépens à la plaignante par le Tribunal canadien des droits de la personne — La norme du caractère raisonnable s'applique-t-elle à la décision du Tribunal d'adjudger des dépens? — Le Tribunal a-t-il commis une erreur susceptible de contrôle judiciaire en adjugeant les dépens à la plaignante? — Loi canadienne sur les droits de la personne, L.R.C. 1985, ch. H-6, art. 53(2)c), d).

CANADA (COMMISSION CANADIENNE DES DROITS DE LA PERSONNE) C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL), 471.

3. Organismes et tribunaux administratifs — Compétence — Dépens — Adjudication des dépens à la plaignante par le Tribunal canadien des droits de la personne — Le Tribunal a-t-il le pouvoir d'adjudger des dépens? — Loi canadienne sur les droits de la personne, L.R.C. 1985, ch. H-6, art. 53(2)c), d).

CANADA (COMMISSION CANADIENNE DES DROITS DE LA PERSONNE) C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL), 471.

4. Contrôle judiciaire — Décision implicite — Décision d'une déléguée annulée à l'issue d'un contrôle judiciaire au motif que le commissaire à l'information et à la protection de la vie privée n'a pas observé le délai prescrit — Inobservation du délai non soulevée devant le commissaire ou sa déléguée — La

DROIT ADMINISTRATIF — (Fin)

déléguée n'a donc ni examiné ni abordé expressément la question dans ses motifs — Une question qui n'a pas été soulevée devant un tribunal administratif peut-elle faire l'objet d'un contrôle judiciaire? — Les motifs du tribunal administratif dans d'autres affaires peuvent-ils permettre de se prononcer sur le caractère raisonnable d'une décision implicite? — Personal Information Protection Act, S.A. 2003, ch. P-6.5, art. 50(5).

ALBERTA (INFORMATION AND PRIVACY COMMISSIONER) C. ALBERTA TEACHERS' ASSOCIATION, 654.

5. Norme de contrôle — La décision d'un tribunal administratif qui interprète sa propre loi constitutive ou une loi étroitement liée à son mandat est-elle assujettie à la norme de la décision correcte ou à celle de la décision raisonnable? — La catégorie des véritables questions de compétence doit-elle subsister relativement à l'interprétation par un tribunal administratif de sa propre loi constitutive ou d'une loi étroitement liée à son mandat?

ALBERTA (INFORMATION AND PRIVACY COMMISSIONER) C. ALBERTA TEACHERS' ASSOCIATION, 654.

6. Rôle et suffisance des motifs — Équité procédurale — Les motifs répondaient-ils aux critères de la justification de la décision et de la transparence et l'intelligibilité du processus décisionnel établis dans Dunsmuir?

NEWFOUNDLAND AND LABRADOR NURSES' UNION C. TERRE-NEUVE-ET-LABRADOR (CONSEIL DU TRÉSOR), 708.

DROIT CONSTITUTIONNEL

1. Charte des droits — Droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne — Centre d'injection supervisée — Articles 4(1) et 5(1) de la Loi réglementant certaines drogues et autres substances interdisant la possession et le trafic de drogues illégales sous réserve d'une exemption accordée par le ministre fédéral de la Santé — Clinique gérant un centre d'injection supervisée grâce à une exemption ministérielle obtenue en vertu de l'art. 56 de la Loi — Révocation subséquente de l'exemption par le ministre — Les articles 4(1) et 5(1) de la Loi enfreignent-ils les droits à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne? — La révocation de l'exemption par le ministre est-elle conforme aux principes de justice fondamentale? — Loi réglementant certaines drogues et autres substances, L.C.

DROIT CONSTITUTIONNEL — (Suite)

1996, ch. 19, art. 4(1), 5(1), 56 — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7.

CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) C. PHS COMMUNITY SERVICES SOCIETY, 134.

2. Charte des droits — Réparations — Centre d'injection supervisée — Articles 4(1) et 5(1) de la Loi réglementant certaines drogues et autres substances interdisant la possession et le trafic de drogues illégales sous réserve d'une exemption accordée par le ministre fédéral de la Santé en vertu de l'art. 56 de la Loi — Clinique gérant un centre d'injection supervisée grâce à une exemption ministérielle — Révocation subséquente de l'exemption par le ministre — Réparation convenable — Charte canadienne des droits et libertés, art. 24(1).

CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) C. PHS COMMUNITY SERVICES SOCIETY, 134.

3. Partage des compétences — Droit criminel — Centre d'injection supervisée — Articles 4(1) et 5(1) de la Loi réglementant certaines drogues et autres substances (« Loi ») interdisant la possession et le trafic de drogues illégales sous réserve d'une exemption accordée par le ministre fédéral de la Santé — Clinique gérant un centre d'injection supervisée grâce à une exemption ministérielle obtenue en vertu de l'art. 56 de la Loi — Révocation subséquente de l'exemption par le ministre — Compte tenu du partage des compétences, la clinique est-elle, à titre d'établissement de santé, exemptée de l'application de la Loi adoptée dans l'exercice de la compétence fédérale en matière criminelle? — Loi réglementant certaines drogues et autres substances, L.C. 1996, ch. 19, art. 4(1), 5(1), 56 — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(27), 92(7), 92(13), 92(16).

CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) C. PHS COMMUNITY SERVICES SOCIETY, 134.

4. Charte des droits — Réparation — Exclusion de la preuve — Accusation de meurtre au deuxième degré — Résidence de l'accusée soumise à une fouille policière sans mandats valides — Conclusion du juge du procès selon laquelle, tout au long de l'enquête, les policiers n'ont pas agi de bonne foi et ont fait preuve d'un mépris flagrant vis-à-vis des droits constitutionnels de l'accusée — Le juge du procès a-t-il estimé qu'utiliser la preuve en dépit de cette conduite consternante des policiers était susceptible de déconsidérer l'administration de la justice; et même si cette conclusion devait mener à l'acquittement de l'auteur d'un crime grave, il a néanmoins écarté la preuve — La Cour d'appel a-t-elle eu tort d'intervenir au motif que les policiers n'avaient pas délibérément agi de manière abusive et que le crime était grave? — A-t-elle eu tort d'intervenir au motif que la preuve aurait pu être recueillie légalement avec un mandat, sans la participation de l'accusée? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 24(2).

R. C. CÔTÉ, 215.

DROIT CONSTITUTIONNEL — (Fin)

5. Charte des droits — Réparation — Exclusion d'éléments de preuve — Articles 8 et 9 de la Charte canadienne des droits et libertés non violés par la conduite des policiers — Éléments de preuve obtenus à la suite d'une arrestation et d'une fouille exclus à tort au procès.

R. C. WHYTE, 364.

6. Prépondérance fédérale — Assurance-emploi — Mesure de recouvrement — Disposition législative provinciale déclarant insaisissables les prestations de remplacement du revenu d'un accidenté du travail — Disposition législative fédérale permettant à la Commission de l'assurance-emploi de faire une demande péremptoire de paiement pour recouvrer des sommes payées en trop — La disposition provinciale est-elle constitutionnellement inopérante à l'égard de la saisie-arrêt prévue à la disposition fédérale? — Loi sur l'assurance-emploi, L.C. 1996, ch. 23, art. 126(4) — Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles, L.R.Q., ch. A-3.001, art. 144.

QUÉBEC (PROCUREUR GÉNÉRAL) C. CANADA (RESSOURCES HUMAINES ET DÉVELOPPEMENT SOCIAL), 635.

7. Partage des compétences — Trafic et commerce — Valeurs mobilières — La loi proposée est-elle valide comme relevant du volet général du pouvoir fédéral de réglementation en matière de trafic et de commerce? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(2).

RENOI RELATIF À LA LOI SUR LES VALEURS MOBILIÈRES, 837.

DROIT CRIMINEL

1. Appels — Pouvoirs de la Cour d'appel — Verdict déraisonnable — Interprétation erronée de la preuve — Accusé déclaré coupable d'homicide involontaire coupable — Cour d'appel ayant annulé la déclaration de culpabilité au motif que le juge du procès a mal interprété la preuve — A-t-elle appliqué le bon critère pour le faire? — La juge du procès a-t-elle mal interprété la preuve? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 686(1a)(i).

R. C. SINCLAIR, 3.

2. Détermination de la peine — Amendes — Capacité de payer du délinquant — Fardeau de la preuve — Incombe-t-il au délinquant de prouver qu'il est incapable de payer une amende correspondant aux fonds obtenus frauduleusement par lui? — La juge du procès a-t-elle commis une erreur en refusant d'infliger une amende à l'accusé? — La juge du procès était-elle tenue d'infliger une amende à l'accusé compte tenu de l'omission de ce dernier d'expliquer ce qu'il était advenu des

DROIT CRIMINEL — (Suite)

fonds dont il s'était frauduleusement emparé? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 734(2).

R. c. TOPP, 119.

3. Appels — Pouvoirs de la Cour d'appel — Preuve — Appréciation — Accusé inculpé de deux chefs d'agression sexuelle — Affichage d'un poème en ligne par la plaignante, qui n'a pas signalé les incidents après qu'ils se soient produits — Acquittement de l'accusé par le juge du procès — Acquittements annulés et nouveau procès ordonné par la Cour d'appel — Le juge du procès a-t-il commis une erreur de droit en omettant de prendre en considération l'ensemble de la preuve? — L'appréciation prétendument viciée de la preuve par le juge du procès constitue-t-elle une erreur de droit permettant la révision d'un acquittement par la Cour d'appel? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 676(1)a.

R. c. J.M.H., 197.

4. Appel contre un acquittement — Pouvoirs d'une cour d'appel — Accusé inculpé d'un chef de possession de pornographie juvénile entre 1999 et 2006 — La juge du procès a acquitté l'accusé — La Cour d'appel a annulé le verdict d'acquittement et inscrit une déclaration de culpabilité — La Cour d'appel a-t-elle outrepassé sa compétence, qui se limite aux questions de droit, en remplaçant le verdict d'acquittement par une déclaration de culpabilité? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 676(1)a, 686(4)b(ii).

R. c. KATIGBAK, 326.

5. Dénonciation — Accusé inculpé d'un chef de possession de pornographie juvénile entre 1999 et 2006 — Moyens de défense prévus par la loi modifiés en 2005 — La dénonciation était-elle viciée parce qu'elle ne comportait qu'un seul chef d'accusation pour la période en cause, pendant laquelle les moyens de défense prévus par la loi ont été modifiés?

R. c. KATIGBAK, 326.

6. Pornographie juvénile — Moyens de défense — Accusé inculpé d'un chef de possession de pornographie juvénile entre 1999 et 2006 — Moyens de défense prévus par la loi modifiés en 2005 — L'accusé a témoigné qu'il collectionnait des documents de pornographie juvénile en vue de monter une exposition artistique exposant le point de vue d'enfants exploités — La juge du procès a accepté ce témoignage et acquitté l'accusé sur la base du moyen de défense fondé sur la valeur artistique qui existait avant 2005 — Les actes de l'accusé étaient-ils visés par le moyen de défense fondé sur la valeur artistique ou celui fondé sur le bien public qui existaient avant 2005? — Les actes de l'accusé visaient-ils un but légitime qui ne posait aucun risque indu conformément au moyen de défense qui existe depuis

DROIT CRIMINEL — (Suite)

2005? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 163(3), 163.1(6).

R. c. KATIGBAK, 326.

7. Exposé au jury — Utilisation du dossier criminel d'un tiers suspect — Formulation par le juge du procès de directives erronées quant à l'utilisation limitée pouvant être faite du dossier criminel d'un tiers suspect mais qui n'ont entraîné aucun tort important ni aucune erreur judiciaire grave — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 686(1)b(iii).

R. c. DORFER, 366.

8. Appels — Pouvoirs de la cour d'appel — Détective privé embauché par la défense pour identifier un indicateur confidentiel de la police — Le détective privé aurait tenté d'obtenir la suspension des accusations en découvrant l'identité de l'indicateur — Détective privé accusé d'un chef d'entrave à la justice et de deux chefs d'extorsion — Acquittements annulés et nouveau procès ordonné par la Cour d'appel — La juge du procès a-t-elle commis des erreurs de droit donnant ouverture au contrôle des acquittements en appel? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 676(1)a.

R. c. BARROS, 368.

9. Privilège de l'indicateur — Détective privé embauché par la défense pour identifier un indicateur confidentiel de la police — Le détective privé aurait tenté d'obtenir la suspension des accusations en découvrant l'identité de l'indicateur — Le détective privé était-il lié par le privilège de l'indicateur?

R. c. BARROS, 368.

10. Appels — Pouvoirs de la Cour d'appel — Application de la disposition réparatrice — Convient-il d'assouplir les conditions d'application de la disposition réparatrice? — La disposition s'applique-t-elle en l'espèce? — Dans l'affirmative, la déclaration de culpabilité peut-elle être maintenue par l'application de la disposition réparatrice? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 686(1)b(iii).

R. c. SARRAZIN, 505.

11. Exposé au jury — Infractions comprises — Tentative de meurtre — Intimés accusés de meurtre au deuxième degré — Le verdict de culpabilité de tentative de meurtre aurait-il dû être soumis à l'appréciation du jury?

R. c. SARRAZIN, 505.

12. Procès — Exposé au jury — Meurtre au premier degré — Directives adéquates du juge du procès au jury quant au lien requis entre le meurtre et les notions de planification et de délibération.

R. c. BANWAIT, 533.

DROIT CRIMINEL — (Fin)

13. Moyens de défense — Troubles mentaux — Accusé a agressé deux individus alors qu'il se trouvait dans une psychose toxique provoquée par la consommation volontaire de drogues — Une psychose toxique dont les manifestations sont causées par un état d'intoxication volontaire peut-elle constituer un « trouble mental »? — L'article 33.1 du Code criminel restreint-il la portée de la défense de non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 16, 33.1.

R. C. BOUCHARD-LEBRUN, 575.

DROIT DE LA COURONNE

Prérogatives — Immunité — À titre de mandataire de la Couronne, la Commission de l'assurance-emploi bénéficie-t-elle d'une immunité reconnue par la common law qui rend l'art. 144 de la Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles inapplicable à la Couronne fédérale? — Convient-il d'examiner la doctrine de la prépondérance avant de déterminer si la Couronne peut invoquer une immunité? — Loi d'interprétation, L.R.C. 1985, ch. I-21, art. 17.

QUÉBEC (PROCUREUR GÉNÉRAL) C. CANADA (RESSOURCES HUMAINES ET DÉVELOPPEMENT SOCIAL), 635.

DROIT DE LA FAMILLE

1. Aliments — Pension alimentaire au profit d'un époux — Modification — Changement important dans la situation — Dispositions d'une entente de séparation intégrées dans une ordonnance judiciaire — Demande de réduction et de cessation de la pension alimentaire au profit de l'épouse fondée sur un changement dans la situation financière de l'époux et sur le défaut de l'épouse de devenir autonome depuis la date de l'ordonnance — Quelle approche s'applique, en vertu de l'art. 17(4.1) de la Loi sur le divorce, à l'examen d'une demande de modification d'une ordonnance alimentaire au profit d'un époux à laquelle les dispositions alimentaires d'une entente ont été intégrées? — Cette approche diffère-t-elle de celle requise par l'art. 15.2 lors d'une demande initiale de pension alimentaire au profit d'un époux? — Loi sur le divorce, L.R.C. 1985, ch. 3 (2^e suppl.), art. 15.2, 17.

L.M.P. c. L.S., 775.

2. Aliments — Pension alimentaire au profit d'un époux — Modification — Changement de situation important — Demande de cessation de l'ordonnance alimentaire au profit de l'épouse en raison de la retraite de l'époux et du repli

DROIT DE LA FAMILLE — (Fin)

du marché — Aucune preuve produite par l'époux concernant sa situation financière au moment de l'ordonnance alimentaire initiale ou l'état de ses placements au moment de la demande de modification — Ordonnance de réduction graduelle, puis de cessation de la pension alimentaire au profit de l'épouse âgée de 80 ans — L'époux a-t-il établi la survenance d'un changement de situation important depuis l'ordonnance alimentaire initiale? — Loi sur le divorce, L.R.C. 1985, ch. 3 (2^e suppl.), art. 17(4.1) — Règles de pratique de la Cour supérieure du Québec en matière familiale, R.R.Q. 1981, ch. C-25, r. 9, règle 39.

R.P. c. R.C., 819.

DROIT DES AUTOCHTONES

1. Droits ancestraux — Pêche — Nature de la pratique précontact — Évolution de la pratique précontact — Premières nations revendiquant des droits de récolte et de vente commerciales de toutes les espèces de poisson vivant dans leurs eaux traditionnelles — Le commerce précontact d'un produit de la pêche particulier peut-il avoir évolué jusqu'à une pêche commerciale moderne? — Loi constitutionnelle de 1982, art. 35(1).

BANDE INDIENNE DES LAX KW'ALAAMS C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL), 535.

2. Obligation fiduciaire — Les données historiques étayent-elles l'existence d'une obligation fiduciaire de reconnaître aux demandeurs le droit de pratiquer une pêche commerciale moderne?

BANDE INDIENNE DES LAX KW'ALAAMS C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL), 535.

DROIT FISCAL

Impôt sur le revenu — Évitement fiscal — Interprétation et application de la règle générale anti-évitement — Série d'opérations mettant en jeu le capital versé d'une société — Sort du capital versé en cas de fusion — Retenue d'impôt sur un dividende réputé — Un avantage fiscal a-t-il découlé de ces opérations? — L'opération ayant généré l'avantage fiscal était-elle une opération d'évitement? — Interprétation du terme anglais « contemplation » dans la définition légale d'une série — L'opération ou la série d'opérations constitue-t-elle un abus dans l'application de la Loi de l'impôt sur le revenu? — La règle générale anti-évitement permet-elle de supprimer l'avantage fiscal? — Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C.

DROIT FISCAL — (Fin)

1985, ch. 1 (5^e suppl.), art. 84(3), 87(3), 89(1), 245(1) à (5), 248(10).

COPTHORNE HOLDINGS LTD. C. CANADA, 721.

DROITS DE LA PERSONNE

Pratiques discriminatoires — Parité salariale — Groupe professionnel largement féminin recevant une rémunération inférieure à celle versée au groupe professionnel largement masculin utilisé aux fins de comparaison — Conclusion d'inégalité salariale prononcée par le Tribunal canadien des droits de la personne — Conclusion infirmée par suite d'un contrôle judiciaire — Le Tribunal n'a commis aucune erreur donnant ouverture à révision en concluant que le groupe largement féminin recevait une rémunération inférieure pour un travail de valeur égale.

ALLIANCE DE LA FONCTION PUBLIQUE DU CANADA C. SOCIÉTÉ CANADIENNE DES POSTES, 572

PROCÉDURE CIVILE

1. Mise en cause — Requête en radiation — Fabricants de tabac poursuivis par le gouvernement d'une province qui cherche à recouvrer les sommes consacrées au traitement des maladies liées au tabagisme, et par des consommateurs de cigarettes dites « légères » ou « douces » qui demandent des dommages-intérêts et des dommages-intérêts punitifs — Compagnies de tabac mettant en cause le gouvernement fédéral pour lui réclamer une contribution et une indemnisation — Est-il évident et manifeste que les avis de mise en cause ne révèlent aucune cause d'action raisonnable?

R. C. IMPERIAL TOBACCO CANADA LTÉE, 45.

2. Actes de procédure — Litige sur les droits ancestraux — La revendication d'un droit ancestral doit-elle être caractérisée sur le fondement des actes de procédure ou d'une enquête plus générale? — Une déclaration reconnaissant un droit « moindre » a-t-elle été dûment demandée dans la plaidoirie écrite?

BANDE INDIENNE DES LAX KW'ALAAMS C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL), 535.

RELATIONS DU TRAVAIL

Griefs — Sentence arbitrale — Norme de contrôle — Arbitre ayant appliqué la préclusion à la demande de réparation

RELATIONS DU TRAVAIL — (Fin)

présentée par le syndicat en vertu de la convention collective — La sentence arbitrale mettant en jeu une réparation de common law ou d'equity est-elle assujettie à la norme de contrôle de la décision raisonnable ou à celle de la décision correcte?

NOR-MAN REGIONAL HEALTH AUTHORITY INC. C. MANITOBA ASSOCIATION OF HEALTH CARE PROFESSIONALS, 616.

RESPONSABILITÉ DÉLICTUELLE

1. Déclaration inexacte faite par négligence — Défaut de mise en garde — Conception négligente — Obligation de diligence — Lien de proximité — Poursuites engagées par le gouvernement d'une province et des consommateurs contre des fabricants de tabac qui ont mis en cause le gouvernement fédéral pour lui réclamer une contribution et une indemnisation — Gouvernement fédéral prétendant que les déclarations relevaient de la politique générale du gouvernement et étaient de ce fait soustraites au contrôle judiciaire — Les faits allégués établissent-ils l'existence d'une obligation de diligence prima facie? — Dans l'affirmative, des considérations de politique générale opposées écartent-elles cette obligation?

R. C. IMPERIAL TOBACCO CANADA LTÉE, 45.

2. Régime législatif provincial conférant un droit d'action contre les fabricants et les fournisseurs de tabac — Le gouvernement fédéral a-t-il engagé sa responsabilité à titre de « fabricant » au sens de la Tobacco Damages and Health Care Costs Recovery Act, S.B.C. 2000, ch. 30, ou de « fournisseur » au sens de la Business Practices and Consumer Protection Act, S.B.C. 2004, ch. 2, et de la Trade Practice Act, R.S.B.C./1996, ch. 457?

R. C. IMPERIAL TOBACCO CANADA LTÉE, 45.

3. Diffamation — Diffusion — Internet — Le défendeur a créé des hyperliens menant à des articles prétendument diffamatoires — Le fait de créer des hyperliens constitue-t-il en soi de la diffusion?

CROOKES C. NEWTON, 269.

TRIBUNAUX

Cour suprême du Canada — Dépens — Pourvoi accueilli avec dépens dans toutes les cours — La condamnation aux dépens visait-elle l'intimée, mise en cause devant la juridiction

TRIBUNAUX — (Fin)

inférieure, qui est demeurée absente du débat devant la Cour? —
Règles de la Cour suprême du Canada, DORS/2002 156, art. 47.

KUWAIT AIRWAYS CORP. C. IRAK, 42.

ISSN 0045-4230

If undelivered, return to:

**Publishing & Depository Services
Public Works and Government Services
Ottawa, Ontario
Canada K1A 0S5**

En cas de non-livraison, retourner à :

**Éditions et Services de dépôts
Travaux publics et Services gouvernementaux
Ottawa (Ontario)
Canada K1A 0S5**

**Available from:
Publishing & Depository Services
Public Works and Government Services
Ottawa, Ontario - Canada K1A 0S5
<http://publications.gc.ca>**

**En vente auprès de :
Éditions et Services de dépôts
Travaux publics et Services gouvernementaux
Ottawa (Ontario) - Canada K1A 0S5
<http://publications.gc.ca>**